

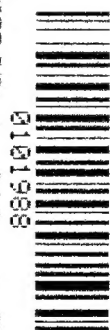
الكتاب والفقه الإسلامي

(تاريخه ومصادره ونطاق مادته العامة)

محمد سلام مذكور
رئيس قسم الشريعة بكلية حقوق القاهرة



دار الكتاب الحديث



0101988



Bibliotheca Alexandrina

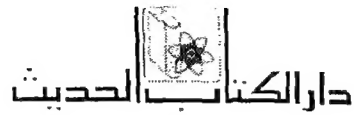
المدخل للفقه الإسلامي تاريخه ومصادره ونظرياته العامة

محمد سلام مذكور

رئيس قسم الشريعة بكلية حقوق القاهرة

دار الكتاب الحديث

جميع الحقوق محفوظة
الطبعة الثانية
١٩٩٦



القاهرة : ٩٤ شارع عباس :العقاد - مدينة نصر - ص.ب. ٧٥٨١ - هاتف - ٢٧٥٢٩٩٠-٢٧٥٢٩٩٣-٢٧٥٢٩٩٢ فاكس. ٢٧٥٢٩٩٢
الكويت : الشرق- ص.ب. : ٢٢٧٥٤-الصفاء 13088 - هاتف ٢٤٦٠٦٣٤-٢٤٦٠٦٣٥-٢٤٦٠٦٣٨ فاكس : ٢٤٦٠٦٣٨

الافتتاح

إلى أصدقاء الفقه الإسلامى فى كل بلد وقطر
وإلى الغافلين عن أحكامه ونظمه
وإلى كل متطلع إلى التعرف عليه
وإلى رجال التشريع فى الوطن الإسلامى
أهدى إليهم هذا العمل الصالح إن شاء الله

المؤلف

بسم الله الرحمن الرحيم

حمدا لله على أن جعل لنا نصيبا من الإسهام فى خدمة هذه الشريعة الغراء، سبحانه أرسل رسوله محمدا بهذه الشريعة السمحة ناسخة لما عداها من الشرائع باقية خالدة على وجه الدهر، صالحة لكل زمان ومكان، متناولة لكل ما يحتاج إليه الناس فى معاشهم ومعادهم، ويصلح به أمر دنياهم وآخرتهم، فلم تكن قاصرة على النواحي الروحية غامطة الحقوق المادية والادبية، ولم تكن خاصة بأمة دون أمة، ولا بشعب دون شعب، وإنما جاءت بالروحانيات والماديات، وجعلت صلاح كل طريقا إلى صلاح الأخرى واستكمال ثمراتها، كما أنها جاءت عامة شاملة بعد أن مهدت لها الشرائع السابقة، ويعد أن نضجت نفوس البشر وأصبحت صالحة لتلقى شرع مستمر دائم يكفل لها معانى السعادة فى كل ناحية من نواحيها ﴿قل يا أيها الناس إني رسول الله إليكم جميعا﴾.

* * *

ولما كنت ممن كتب الله لهم الإسهام فى خدمة هذه الشريعة المطهرة، سلخت فى ذلك من عمرى أمدا طويلا، وكلما تقدمت بى الأيام ارددت شغفا بدراستها، وأوغلت فى التفرغ لها والإقبال عليها، لما فى طبيعتها من إمتاع يغرى بالإقبال الجامع والاستغراق الشامل، ولما فيها من دقة وعمق وشمول وإحاطة، ولما فيها من غذاء روحى وتكوين عقلى، وكل ذلك يجعل الناظر فيها عارفا عن كل ما سواها منصرفا إليها بكل ما فيه من قوة. وفقنا الله لأطراد ذلك الإقبال، وصرف عنا كل شاغل عن الاستمرار فيه.

وجدير بنا أن نشيد بفضل التدريس الجامعى فهو الذى أتاح لنا فرصة ذلك التعمق والتفرغ، وحفزنا على بذل الكثير من الوقت والجهد فى التوفر على مطالعة كتب الفقه، واستخراج دقائقها وعرضها على الدارسين والقارئین مع ما نبذله فى مشاركة طلاب الدراسات العليا من الإسهام فى إعداد رسائلهم.



والحق أنه لولا التدريس فى الجامعة لما أتيتحت لى هذه الفرص، ولا هيئت لى تلك الظروف الدافعة إلى ذلك التفرغ والتعمق فى دراسة الفقه الإسلامى.



هذا وقد أشرت فى مقدمة كتابى «تاريخ التشريع الإسلامى ومصادره» ومن قبله «الفقه الإسلامى» إلى رغبتي وشغفي بتدريس تاريخ الفقه الإسلامى لطلاب السنة الأولى بكلليات الحقوق، وقد كان يدرس فى السنة الرابعة، وتحققت لنا هذه الرغبة بحمد الله، وتوسعنا فعلا فى دراسة تاريخ تشريعنا الخالد ومصادره، كما اختصرنا فى دراسة أحكام المعاملات فى غير نظرية الملك والعقد.

ولم تقف رغبتي فى تطوير المنهج الدراسى للفقه الإسلامى لطلاب الصف الأول بكلية الحقوق عند هذا الحد، بل ظلت متطلعة إلى تطوير آخر يزيد منهج الدراسة قوة واشتمالا على مختلف أنواع النظريات والقواعد الفقهية بصفة عامة حتى يكون للطلاب المتخرج فى كلية الحقوق - وقد أصبح القضاء مقصورا عليه وفى كل أنواعه المختلفة - إلمام بهذه القواعد وتلك النظريات. وخاصة أن كثيرا من مواد قوانيننا المختلفة تتفق أحكامها مع بعض أقوال^(١) الفقه الإسلامى إن لم تكن مأخوذة منها بالفعل. فضلا عن أن قانوننا المدنى الجديد قد اعتبرت مادته الأولى الفقه الإسلامى من مراجع القضاء فى الحكم، وهذا نص الفقرة الثانية من المادة المذكورة : «إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه، حكم بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ...»

أضف إلى ذلك أن الباحثين من رجال القانون مع اختلاف أجناسهم ودياناتهم يتجهون إلى دراسة الفقه الإسلامى والاستئناس بأحكامه.

(١) الأخذ بالقول الفقهى من أى مذهب كان ما دام يلائم العصر ويسائر مصالح الناس أمر ضرورى لابد منه، ولا يتنافى مع مبادئ الشريعة الإسلامية، إذ كل آراء الفقهاء مستمدة من الأصول الفقهية وعلى رأسها الكتاب والسنة. وما تعبدنا الله سبحانه بمذهب أو قول معين حتى نلتزمه فلا نحيد عنه ولو خالف مصالح الناس، بل كان الجمود والتقييد بمذهب أو رأى معين فى المذهب جناية على الفقه الإسلامى، وسببا فى إضرار السلطة التشريعية عن اللجوء إليه وإثارة القوانين الغريبة لعدم صلاحية هذا المذهب أو القول فيه لمسايرة العصر والبيئة.

وقد تم بحمد الله تحقيق هذه الرغبة، وشكلت منذ سنوات لجنة للنظر فى برامج الجامعات وتطويرها، وكان يمثل الشريعة الإسلامية فى هذه اللجنة أستاذنا الفاضل الشيخ محمد فرج السهنورى. وانتهى الأمر إلى وضع منهج لدراسة الشريعة فى السنة الأولى، يحقق ما كنا نشده ونرغب فيه، وهذا المنهج وإن لم تلتزم به كليات الحقوق فى الجامعات الأخرى، فقد اتخذته نبراسا لى فى وضع منهج جديد لدراسة مدخل للفقه الإسلامى للصف الأول بكلية حقوق القاهرة، جعلته من أربعة أقسام : يتناول القسم الأول منها تاريخ الفقه والأدوار التى مر بها وتكوين المدارس الفقهية، ومراحل تدوين الفقه ومصادره، ويتناول القسم الثانى مصادر الفقه الإسلامى النقية والعقلية، ويتناول القسم الثالث القضاء والاجتهاد، ومدى حجية الحكم الاجتهادى، كما يتناول القضاء فى الإسلام وما يجب على القاضى أن يقضى به بين المسلمين وغيرهم، والقسم الرابع يتناول عرض بعض النظريات العامة فى الفقه الإسلامى كالمال والملك والعقود، وطرق الوصول إلى الحق وانقضائه وانتقاله، ثم الجنايات المختلفة وأحكامها.

* * *

وهذا المنهج فيما نرى يحقق جانباً عظيماً من التطوير المنشود لنا فى دراسة الشريعة فى هذه الكلية، على أننا لا نرى أن تلتزم به الكليات الأخرى المماثلة، فذلك هو شأن الجامعات ومقتضى تحقق الاستقلال فى كل منها على الأخرى، وإن بدا فيما نكتب من عدم التعمق أحيانا فإن مرد هذا إلى الرغبة فى أن يتعرف طالب الصف الأول بكليتنا كثيراً من موضوعات الفقه التى تمس حاجته إليها، بالإضافة إلى أنه عمل جديد لم نسبق إلى الكتابة فيه فى كليات الحقوق أو غيرها، فهو جدير أن يلحقه ما يلحق كل جديد من عدم بلوغه غاية الكمال. والكمال لله وحده.

والله أسأل أن يلهمنى الخير، وأن يكتب لى الفلاح فيما أحاوله من نشر شريعتنا الغراء على الوجه المنشود لنا ولكل مصلح، وأن يجعل عملى هذا محققاً



للفایة منه مفیدا للدارس والباحث، وأن یهیء لنا من أمرنا رشدا، إنه سمیع
مجیب.

المؤلف

١٢ ربيع الأول ١٣٨٠هـ - ٣ سبتمبر ١٩٦٠م.



لقد نفذت الطبعة الأولى من هذا الكتاب نظرا لأن العدد المطبوع منها كان
محدودا، ويبدو أن الطلب على الكتاب من غير طلاب كلية الحقوق كان كثيرا مما
أدى إلى المفاجأة بنفاد الطبعة دون توقع ذلك، والحق أنه كان في نيتي ضغط
القسم الأول من الكتاب ضغطا لا ينقص المعلومات التي به كثيرا، كي أتمكن من
التوسع في الكلام عن المصلحة وابتناء الأحكام عليها، وعرض بعض القواعد
الفقهية، دون أن يخرج الكتاب في حجم أضخم مما هو فيه. غير أن المفاجأة
بالطبع سوف لا تمكنتني من الضغط الذي أقصده والمراجعة الفاحصة التي أبتغيها.
لهذا سأعمل جاهدا على ضغط ما يمكن ضغطه سريعا وإضافة خلاصة لما نريد
إضافته. والله الموفق.

ربيع أول ١٣٨٢ هـ - أغسطس ١٩٦٣م



ثم فجأة نفذت الطبعة الثانية للكتاب وأنا مشغول بأعمال الامتحانات وإخراج
عدد من موسوعة جمال عبد الناصر للفقہ الإسلامی، وإعداد موضوع علمی
آخر، فكان لابد من إعادة طبعه استجابة لرغبة القراء، وإسهاما منا في نشر تاريخ
التشريع الإسلامی ومصادره وأهم نظرياته، وإنا نستمد من الله العون والتوفيق.

محرم ١٣٨٦ هـ - مايو ١٩٦٦م.

المؤلف



التشريع لفظ مأخوذ من الشريعة التي من معانيها عند العرب^(١) الطريقة المستقيمة، والتي أطلقها الفقهاء المسلمون على الأحكام التي سنّها الله لعباده على لسان رسوله ليعملوا بها عن إيمان، سواء أكانت متعلقة بالأفعال أم بالمقائد أم بالأخلاق^(٢)، ومن الشريعة الإسلامية بهذا المعنى اشتق شرع بمعنى أنشأ الشريعة وسن قواعدها. فالتشريع بناء على هذا هو سن القوانين^(٣) سواء أكانت آتية عن طريق الأديان ويسمى تشريعا سماويا، أم كانت من وضع البشر وتفكيرهم ويسمى تشريعا وضعيا.

والتشريع أيا كان لا يوجد إلا في مجتمع. إذ لا عمران إلا باجتماع، ولا اجتماع إلا بقانون منظم؛ ولذا فإن وجود الشرائع مصاحب لتاريخ العمران، إذ الإنسان وإن امتاز عن سائر المخلوقات في الأرض بالعقل فإن فيه صفة الانانية وحب الذات، فضلا عن تفاوت العقول في إدراك الفاصل بين الخير والشر وخاصة فيما هو غامض خفي^(٤).

(١) في القاموس: الشريعة ما شرع الله لعباده والظاهر المستقيم من المذاهب..... والشارع العالم الرباني.

(٢) القصد من وضع الشريعة هو إخراج المكلف عن داهية هواء، وإحساسه بضرورة الخضوع لهذه الأوامر والتقيّد بها لحفظ كيان المجتمع بالمحافظة على الضرورات الخمس (الدين والنفس والعقل والنسل والمال) راجع تفصيل ذلك في كتابنا تاريخ التشريع الإسلامي.

(٣) كلمة قانون أصلها يونانية، والغزالي من الفقهاء يطلقها على كل قاعدة عامة ملزمة، راجع المستصنى ج ١ ص ١٢.

(٤) راجع في حاجة الناس إلى الشرائع مقالا لنا بمجلة الأهرار العدد الصادر في أغسطس سنة ١٩٥٩.

وعلى ضوء ما تقدم من تعريف الشريعة فإن الإسلام خاتم الشرائع وأعمها^(١) وأشملها لأحكام الدين والدنيا، فقد جاء متناولا كل ما يتعلق بالعقيدة، والأخلاق، ومعاملات الناس.

(١) الأحكام الاعتقادية : وهى المتعلقة بذات الله وصفاته ورسله والبعث والثواب والعقاب إلى غير ذلك من الأحكام التى يجب على المكلف اعتقادها والإيمان بها، والتى موضع دراستها علم الكلام^(٢) «الفقه الأكبر».

(١) الإسلام: مأخوذ من المسألة وقد يكون بمعنى التسليم والانقياد، وقد خصصت كلمة «إسلام» أخيرا فى الاستعمال بالدين الذى جاء به محمد بن عبد الله، وهو بهذا الاعتبار آخر الشرائع وأعمها، وقد جاء بما شرع الله لعباده من الأحكام منذ أربعة عشر قرنا تقريبا بالجزيرة العربية، وكان أول ما بدأ فى مكة ثم انتهى بالمدينة. والنصوص متضاربة على عموم هذه الرسالة «وما أرسلناك إلا كافة للناس» سورة سبأ - «قل يا أيها الناس إني رسول الله إليكم جميعا» سورة الأعراف - كما تضافرت النصوص على أنه خاتم الأنبياء «وما كان محمد أبأ أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين» سورة الأحزاب.

وقد ظهر الإسلام فى بلاد العرب لأن سكانها كانوا خليطا من أديان مختلفة كى يسهل حاجة العقائد جميعها يسر، ويمكن أن يتعرف المسلمون الحجج التى تبطل دعوى المخالفين . هذا وقد نبتت الأديان الثلاثة التى يدين بها أكثر العالم حول هذه المنطقة، فاليهودية نبتت من صحراء سيناء، والنصرانية من فلسطين، والإسلام من صحراء العرب. «والنصارى والزنتون * وطور سينين * وهذا البلد الأمين» راجع لنا تاريخ التشريع الإسلامى لى ذلك ولما كان عليه العرب قبل الإسلام وأثر الإسلام فى عباداتهم وأخلاقهم ومعاملاتهم.

(٢) علم الكلام : هو العلم الذى يبحث فيما يتعلق بالعقائد التى ترجع إلى ذات الله وصفاته، وصفات الرسل عليهم السلام واليوم الآخر وما يتعلق بذلك، وسمى هذا الموضوع بعلم الكلام لكثرة ما جرى فيه من جدل بين أهل السنة والمعتزلة فى أوائل العصر العباسى.

والمعروف أن كل من يؤمن بالأديان السماوية يؤمن بالبعث والحساب، ولقد اعتدى تفكير البشر إلى الحياة الآخرة من قديم الزمان، وكان المصريون أسبق الأمم إلى معرفة هذا، كما عرف الكلدانيون بعد ذلك شيئا عن الآخرة، ثم الفرس والافريق والرومان حتى الهندوكيون والبوذيون فإنهم يؤمنون بأن الروح تنتهى أخيرا إلى وجود آخر. والحق أن العقل البشرى لا يتصور أن يكون مصير جنسه الذى عمر الأرض واكتشف بعض ما فى الكون من نعم وأسرار رائلا إلى الأبد دون رجعة أو جزاء، لا شك أن العقل يتجه إلى أن الموت يخفى من وراءه شيئا آخر، وأن الروح إنما تنتقل من وجود إلى وجود، ومعال أن ينتهى كل شيء بوفاة الإنسان، ويسنوى الشرير مع الخير ويؤزل حق المظلوم، ويفوز به الظالم - راجع لنا فى ذلك تاريخ التشريع الإسلامى.

(ب) الأحكام الخلقية : وهي المتعلقة ببيان الفضائل الواجب التحلى بها والتي تصور الإنسانية الكاملة، وهذا النوع محل دراسته «علم الأخلاق» فقد روضت الشريعة الإسلامية النفوس على حب الخير، وجبت إليها التواضع، وأرشدت إلى آداب التزاور، والمجالسة، كما نفرت الناس من التكاسل، وتناولت كل ما يدعو إلى الخلق القويم والعمل المجدى والتعاون بين أفراد الأمة.

والحق أن حامل الرسالة الإسلامية كان من أبرز صفاته الخلق الكريم، وقد عظم الله سبحانه من شأنه في هذا فوصفه بقوله ^(١) : «وإنك لعلی خلق عظیم» وكانت أمته خير أمة أخرجت للناس ما دامت على ما وصفها الله به من أنها تأمر بالمعروف وتنهى عن المنكر، ولهذا كلفها الله بحمل الرسالة الخلقية ونشرها بين الناس. وكان أساس الدعوة الإسلامية هذه الناحية، يقول الرسول ﷺ «إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق».

(ج) الأحكام العملية : وهي المتعلقة بما صدر عن الشخص المكلف من أقوال وأفعال وتصرفات. فالشريعة بعد أن هدبت نفوس الناس وهيأتهم إلى تقبل الأحكام العملية بينت لهم من هو المكلف الذى يخاطب بأحكام الشريعة ويلزم بها، وما هي العوارض التى تؤثر على الشخص فتجعله غير مكلف، وبينت لهم الصحيح والباطل، والحلال والحرام فى تصرفاتهم واتصالاتهم أفراداً وجماعات ودولاً، فى السلم والحرب، كما بينت للناس أحكام العبادات التى يتقربون بها إلى الله جل شأنه من طهارة وصلاة وصوم وزكاة وحج وغير ذلك، وهذا النوع فى الواقع هو موضوع علم الفقه الإسلامى الذى دراستنا فى كليات الحقوق جزء يسير منه.

(١) سورة القلم جـ ٢٩ / ٤.



دعائم التشريع الإسلامى :

كل تشريع فى الواقع له دعائم^(١) يرتكز عليها، ويتوقف عليها بقاؤه وعدمه، وتعلق الناس به وانصرافهم عنه، والمشاهد أن التشريع الإسلامى يجذب الناس إليه بسرعة خاطفة، وأنهم يتقبلونه باطمئنان وانقياد. وما ذلك إلا لأنه يخاطب العقل ويدفع إلى العمل فى الحياة، ويساير الفطرة السليمة ﴿فطرة الله التى فطر الناس عليها لا تبديل لخلق الله ذلك الدين القيم﴾^(٢) كما أنه يهدف إلى التسامح والمساواة والحرية، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وإنا لنقدم موجزا لهذه الدعائم التى نرى أنها أساس التشريع الإسلامى.

أولاً - نفي الحرج^(٣) : لقد راعى المشرع التيسير على الناس ورفع الحرج عنهم؛ فجاءت تكاليف الإسلام فى حدود الاستطاعة البشرية، يقول الله^(٤): ﴿وما جعل عليكم فى الدين من حرج﴾، ويقول^(٥): ﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾ ولقد انتقلت هذه المعانى إلى نفس الرسول فقال: «بعثت بالحنيفية السمحاء»^(٦) وقد صح عنه عليه السلام أنه ما خير بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثما.

ومظهر رفع الحرج أن أصول التشريع الموحى بها والمستقرة ليس فيها شىء مما تضيق به صدور الناس ويشق عليهم أداؤه. ولا أعنى بهذا انتفاء أصل المشقة؛ لأن التكليف لا يتحقق إلا مع شىء منها، إذ فيه تحكم فى النفس وحد من جموحها، ولذا فإن الفقهاء والأصوليين يعرفونه بأنه إلزام ما فيه كلفة، وإنما الذى أعنيه هو

(١) الدعامة والدعام عماد البيت وتجمع على دعم ودعائم، وادعم كافتعل اتكأ عليها والدعامة الشرط.

(٢) سورة الروم ج ٢١ / ٣٠.

(٣) الحرج هو الضيق.

(٤) سورة الحج ج ١٧ / ٧٨.

(٥) سورة البقرة ج ٣ / ٢٨٦.

(٦) الحنيفية أى التى فيها إقامة شعائر الله وإبطال غيرها مثل ملة إبراهيم ﴿قل صدق الله فاتبعوا ملة إبراهيم حنيفا﴾ - السمحة أى التى ليس بها مشاق بل فيها لكل عذر رخصة

خلو التشريع الإسلامى من الحرج والمشقة الزائدة التى تضييق بها الصدور، وتستنفد الجهد^(١).

ومع كثرة النصوص الدالة على التيسير فى التكاليف فإنه قد ينجم عند التطبيق فى بعض الأحيان شيء من الحرج والمشقة، نظرا لأن الأحكام إنما جاءت عامة دون نظر إلى فرد أو جزئية، ومن أجل رفع هذا الحرج أيضا عن الأفراد أو فى هذه الجزئيات فإن الشارع قد سن لعباده رخصا^(٢) عند الضرورة رخصا للضرر ودفعا للمشقة، فشرع الصيام ورخص فى الفطر للمسافر والمريض والحامل والمرضع، ورخص لمن لا يقدر على القيام فى الصلاة أن يصلى قاعدا أو حسب مقدوره، وجعل للضرورة حكما يختلف عنه وقت السعة والاختيار، فأباح عند الضرورة ما كان محظورا.

هذا والتخفيف فى الشريعة يكون بإسقاط العبادة كالحج عند عدم الأمن، والصلاة للحائض والنفساء، أو بنقص المفروض كقصر الصلاة من أربع ركعات

(١) وفى الفروق للقرائى ج ١ ص ١١٨ : «إن المشاق قسمان : أحدهما لا تنفك عنه العبادة كالصوم فى النهار الطويل . . . وثانيهما المشاق التى تنفك عنها العبادة وهى ثلاثة أنواع : نوع فى الرتبة العليا كالحرق على النفوس والأعضاء والمنافع فيوجب التخفيف لأن حفظ هذه الأمور هو سبب فى مصالح الدنيا والآخرة. ونوع فى المرتبة الدنيا كأدنى وجع فى أصبح فتحصيل هذه العبادة أولى من درء هذه المشقة لشرف العبادة وخفة المشقة. الثالث مشقة بين هذين النوعين فما قرب من العليا أوجب التخفيف، وما قرب من الدنيا لم يوجب، وما توسط يختلف فيه لتجاذب الطرفين له»

(٢) قسم الأصوليون الحكم إلى عزيمة ورخصة. فالعزيمة ما شرع الله من الأحكام العامة ابتداء، أى أن الحكم لا يختص به بعض المكلفين من حيث هم مكلفون، ولا يمتنع الأحوال كالصلاة فإنها مشروعة على الإطلاق والعموم على كل شخص وفى كل حال وغيرها من الفرائض. والرخصة هى ما شرع لملء شاق استثناء من أصل كل مع الاقتصار على موضع الحاجة فيه مثل تحصر الصلاة وإباحة الفطر عند السفر وشرب الخمر وأكل لحم الخنزير عند ضرورة إنقاذ الحياة من ظمأ أو جوع، والأصل فى الرخصة التخفيف ورفع الحرج فالعزيمة راجعة إلى أصل كل ابتدائي، أما الرخصة لأنها ترجع إلى أصل جزئى مستثنى من ذلك الأصل الكلى راجع لنا تفصيل هذا فى كتابنا «مباحث الحكم عند الأصوليين» وهو يدرس فى دبلوم الشريعة بالكلية



إلى ركعتين بالنسبة للمسافر، أو بالترخيص للضرورة كإباحة الخمر لإزالة الغصة إلى غير ذلك^(١)، أو بالتأجيل كالصيام للمسافر والمريض.

ثانياً - قلة التكاليف : اقتصر التشريع الإسلامى فى التكاليف كى لا يرهق كاهل الناس ولا يشق عليهم، ولكى تبقى مسائلهم تستتج أحكامها من القواعد العامة مع ملاحظة مصالح الناس تخفيفاً عليهم.

ويؤكد هذا المعنى ويبينه قول الرسول : «إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها، وحد حدوداً فلا تعتدوها، وحرم أشياء فلا تستهكوها، وسكت عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تبحثوا عنها»^(٢).

ولعل من أثر ذلك أن الصحابة وفقهاء المدينة كانوا يكرهون السؤال عما لم يحدث بعد، وفى القرطبى^(٣) : كان عمر بن الخطاب يلحن من يسأل عما لم يكن، وبالإستقراء لمحمد أن ما فى القرآن من الأوامر والنواهي لا يرهق كاهل الناس. انظر إلى القرآن فإنك واجده فى مقام ذكر المحرمات بعددها وبينها لتصير محدودة، فيقول مثلاً : «حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم ... الآية» بينما عندما يبين ما هو حلال يقول : «وأحل لكم ما وراء ذلكم ...» دون بيان وتحديد، ويقول : «خلق لكم ما فى الأرض جميعاً» وفى آية أخرى يقول : «اليوم أحل لكم الطيبات ...» ثم ينكر على من يشق على الناس فى أمر

(١) مما جاء بكتب الفقه كإبدال التيمم من الرغوى، والجمع بين الصلاتين وتقديمها بعرفات أو تأخيرها بمزدلفة، وتغيير نظام الصلاة وقت الحفوف. راجع تاريخ التشريع للأساتذة السبكي والسائس والبربرى.

(٢) وهذا يفيد كما نرى أن الأصل فى الأشياء الإباحة لا الحظر، فلا يحرم إلا ما ورد نص بتحريمه، يدل على ذلك قوله تعالى فى سورة البقرة : «هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعاً» وقوله فى سورة الأعراف : «قل من حرم ربة الله التى أخرج لعباده والطيبات من الرزق» إلى قوله : «قل إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها وما بطن». راجع لنا نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء، بحث مقارن قامت بنشره مكتبة النهضة العربية سنة ١٩٦٢

(٣) ج ٦ ص ٢٢٢، وراجع روح المعانى ج ٧ ص ٣٩ للفخر الرازى ج ١٢ ص ١٠٤

دينهم فيحرم عليهم ما لم ينص على تحريمه بقوله ﴿ولقد فصل لكم ما حرم عليكم﴾ .

فهذا يشير إلى قلة التكاليف في الفقه الإسلامي، فضلا عن أن ما كلفنا به روعى فيه عدم المشقة، ورفعته عند الضرورة

ثالثا - التدرج في الأحكام : ظهر الإسلام بين العرب وقد تأصلت في نفوسهم غرائز لا يسهل اقتلاعها طفرة وإلا لتحقق المخرج، من أجل هذا جاء القرآن لمحوها^(١) وجاءت أحكامه التكليفية تباعا بعد حدوث أسباب تقتضيها، كي يكون ذلك أوقع في النفس وأقرب إلى الانقياد، وتنهياً النفوس بالحكم السابق لتلقى الحكم اللاحق فيسهل عليها الأمر.

فالخمر والميسر خصال متمكنة من نفوس العرب عند بدء التشريع، ولما أراد الشارع تحريمها تدرج في ذلك فبعد أن قال : ﴿ومن ثمرات النخيل والأعناب تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا﴾^(٢) جاء قول الله تعالى ﴿يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس وإثمهما أكبر من نفعهما﴾^(٣) وما كثر إثمه ينبغي تركه إذ العبرة في الحل والحرمه بغلبة جهة المصلحة أو المفسدة، ثم بعد أن مهد نفوسهم بذلك وبغيره^(٤) قال تعالى^(٥) : ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان

(١) أي على دفعات، وفي القاموس: والمال آذاه لمحوها أي أقساطا

(٢) سورة النحل فكانت الخمر - كما يرى بعض المفسرين - مباحة أولا في صدر الإسلام، فقد ذكرت في القرآن على وجه الامتنان بها في الآية المذكورة. راجع تفصيل ذلك في تفسير الرازي ج ٢ ص ٦٧ / ٦٨ المطبعة البهية، القرطبي ج ١٠ ص ١٢٧ ص ١٣٣ طبعة دار الكتب وفي أنه روى عن ابن عباس أن هذه الآية نزلت قبل تحريم الخمر، وأرى أن الذي يؤيد هذا أن سورة النحل مكية بينما السورة الأخرى التي جاء بها تحريم الخمر تدريجيا نزلت بالمدينة. والمراد بالسحر الخمر، والرزق الحسن جميع ما يؤكل ويشرب خلا من هاتين الشجرتين (٣) سورة البقرة ج ٢ / ٢١٩.

(٤) إذ جاء بالنسبة للخمر قول الله تعالى في سورة النساء ﴿يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى﴾

(٥) سورة المائدة ج ٧ / ٩١



فاجتنبوه لعلكم تفلحون* إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الحمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم متبهون*.

والزنى ^(١) كانت عقوبته أول الأمر الإيذاء بالقول والحبس في البيت ^(٢)، ثم تعدل الحكم إلى ما هو أشد من ذلك ^(٣).

والصلاة كانت أول ما فرضت ركعتين بالغداة وركعتين بالعشي، ثم لما ألفتها النفس واعتادها الناس، أمرنا بالصلوات الخمس.

وقيل إن الصيام أول ما شرع كان ثلاثة أيام من كل شهر ^(٤)، ثم فرض صوم شهر رمضان بعدما آلف الناس الصوم ^(٥).

رابعها - مسايرة مصالح الناس : عمد التشريع الإسلامي إلى أن تساير أحكامه مصالح الناس، ولذا فإنه شرع بمض الأحكام ثم أبطلها ونسخها لما اقتضت المصلحة ذلك ^(٦).

(١) وفي القاموس زنى يزنى زنى فجور. ولاننا نسب إلى الزنا، والزنية آخر ولدك، والزواني ثلاث قارات باليمامة.

(٢) يقول الله في سورة النساء آية ١٥: ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سيلا* واللدان يأتينها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنها إن الله كان توابا رحيمًا*.

(٣) يقول الله تعالى في سورة النور: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين...﴾

(٤) وهما ما ذهب إليه معاذ وقتادة وعطاء وهو مروي عن ابن عباس. راجع كتب التفسير أخذا من قول الله في سورة البقرة آية ١٨٣ / ١٨٤: ﴿كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم لعلكم تتقون* أياما معدودات*.

(٥) يقول الله في سورة البقرة: ﴿شهر رمضان الذي أنزل فيه القرآن هدى للناس وبينات من الهدى والفرقان فمن شهد منكم الشهر فليصمه*.

(٦) جاء في سورة البقرة: ﴿ما ننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها*.

والنسخ^(١) قد وقع فعلاً في بعض الأحكام الشرعية، فالوصية مثلاً وجبت في القرآن من قبل نزول الميراث للوالدين والأقربين، ثم نسخت بآيات الموارث.

وكانت القبة أولاً إلى بيت المقدس، ثم نسخت بعد ستة عشر شهراً أو نحو ذلك وأصبحت إلى الكعبة^(٢)، إلى غير ذلك مما جاء في الكتب الخاصة بالموضوع^(٣).

كما رقع النسخ في بعض أحكام السنة، فقد روى عن الرسول أنه قال : «كنت نهيتكم عن زيارة القبور إلا فزوروها فإنها ترفق القلب، وتدمع العين، وتذكر بالآخرة، ولا تقولوا هجراً».

(١) والنسخ في اصطلاح الفقهاء : رفع الحكم الشرعي لدليل شرعي متاخر، وذلك مراعاة لصالح العباد وتيسيراً عليهم ولإرشاداً لهم في أمور الدنيا. ولم يخالف في وقوعه إلا أبو مسلم الأصفهاني، وافقوا على جواز نسخ القرآن بغير القرآن، والمتواتر من السنة بغير المتواتر، فقد منعه الشافعي وأصحاب أحمد بن حنبل لأن الله يقول «نأت بغير منها» فاستند الإتيان إليه، وقال قد يكون المأثري به خيراً من المنسوخ، كما أن القرآن معجز بلفظه ومعناه وهو الأصل، والسنة معجزة بمعناها فقط، فوق أنها فرع، كما صح عندهم أن الرسول قال : «كلامي لا ينسخ كلام الله، وكلام الله ينسخ كلامي، وكلام الله ينسخ بعضه بعضاً».

أما مالك وأصحاب أبي حنيفة فأجازوا ذلك كله لأن السنة موحى بها، وقالوا إن الحديث ضعيف والخبرية التي ذكرت في الآية ليست في اللفظ وإنما هي في الحكم، والأحكام كلها من عند الله، ونحن نميل إلى ما ذهب إليه الشافعي وموافقه.

ومع اتفاق الفقهاء على جواز النسخ على ما بينا فإنهم اختلفوا في المقصود منه في الآية ولما وقع. فقال البعض: إن المراد هو نسخ الشريعة الإسلامية لجميع الشرائع، وقيل: المراد رفع حكم بعض الآيات بدليل لاحق من نفس الشريعة، وقالوا : إن هذا إما يكون نسخاً للتلاوة دون الحكم أو العكس أو هما معاً، يقول الشافعي : «النسخ إنما وقع معظمه في المدينة، لما اقتضته الحكمة الإلهية في تمهيد الأحكام، وقيل المراد بالنسخ هو نسخ القرآن ونقله من اللوح المحفوظ إلى سماء الدنيا. وليس هنا موضع تفصيل هذا البحث، فارجع إليه في كتب الأصول والتفسير وراجع أيضاً للناسخ والمنسوخ لأبي القاسم.

(٢) يقول الله في سورة البقرة الآية ١٤٤ : «قد نرى تقلب وجهك في السماء فلنولينك قبلة ترضاها فول وجهك شطر المسجد الحرام».

(٣) يقول السيوطي في الإتقان ج ٢ ص ٢٢ : إن النسخ وقع في القرآن في عشرين موضعاً.



والحكم الناسخ يحقق غرض الشارع بعد أن أعد الناس ووطد نفوسهم، ومع هذا فالنسخ قد يكون من الأخف إلى الأشد، وقد يكون العكس، وهو في الحالين يراعى فيه مصالح الناس في عصر التشريع.

تحليل الأحكام :

والنسخ وإن كان قد انتهى بانتفاء الرأى فإن الشارع علل الأحكام ليرشدنا إلى أن الحكم يتبع علته ويتغير بتغيرها في الكثير الغالب، وخاصة في مسائل المعاملات التي كثيرا ما تتأثر باختلاف المكان وتغير الزمان^(١).

ومراعاة مصالح الناس في أمور معاملاتهم أمر أساسى في التشريع الإسلامى بدليل توسع الشارع في بيان عللها، ليدور الحكم مع علته وجودا وعدما، ولينبهنا إلى أن نسلك هذا الطريق ولا نحمد على المنصوص الذى ربما ورد لمصلحة خاصة وبطائفة خاصة وإقليم خاص، ولما كان ذلك أساسا لزم أن تتأثر الأحكام بالبيئة وتغير الأزمان فتبدل تبعا لذلك على ما سنبينه في موضعه.

ولما كان المسلمون^(٢) في كل فجاج الأرض مخاطبين بالشرعة، لزم أن يكون التشريع قد راعى مصالحهم رغم اختلاف أجناسهم وأقاليمهم، فإن تضاربت هذه المصالح وكان أساس تحقق بعض المصالح الإضرار بالغير لوحظ تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، ودفع الضرر الأكبر بالضرر الأدنى، والمثل على ذلك كثير وسيأتى الكلام عن ذلك.

من أجل هذا نحمد القرآن وهو المصدر الأول للتشريع لم يتناول بالتفصيل أحكام المعاملات المالية والجنايات وما يتعلق بالقضاء وعلاقات الدولة الإسلامية

(١) راجع تحليل الأحكام للأستاذ الشيخ شلى طبع مطبعة الأزهر.

(٢) أما غير المسلمين فينقل لنا ابن عابدين ج ٣ ص ٢٢٩ : «إن الكفار مخاطبون بالإيمان وبالمقويات سواء حد الشرب والمعاملات. وأما العبادات فقليل إنهم غير مخاطبين بها أداء واعتقادا، وقيل إنهم مخاطبون بها أداء فقط، وقيل إنهم مخاطبون بهما» وراجع في هذا فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت مطبوع مع المستصفى للغزالي ج ١ ص ١٢٨، وقد تناولنا هذا في كتابنا «مباحث الحكم عند الأصوليين».

بغيرها في السلم والحرب وما شابه ذلك مما يتغير بتطور البيئة، وإنما دل عليها بوجه عام وحتى يكون ولاية الأمر في كل عصر في سعة من أن يفصلوا قوانينهم فيها حسب مصالحهم، في حدود أسس القرآن من غير اصطدام بحكم جزئي.

خامساً - تحقيق العدالة : الناس في نظر الشريعة سواء، لا تفاضل بينهم بسبب حسب أو نسب أو مال أو جاه، أو بسبب جنس أو نوع أو لون. ليس فيها حاكم يحميه السلطان إن ارتكب ظلماً، وتحميه الأوضاع إن ارتكب إثماً، بل الجميع أمام الله الحكم العدل سواء، وفي هذا المعنى يقول الرسول عندما أرادت قريش أن تعفى شريفة^(١) من إقامة حد : «إنما هلك الذين من قبلكم إنهم كانوا إذا سرق شريف تركوه، وإذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد، وإيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها» متفق عليه.

وفي هذا المعنى آية^(٢) «ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى» وآية^(٣) «كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين إن يكن خنيا أو فقيرا فالله أولى بهما» وآية^(٤) «وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل».

فها هي النصوص لم تقصر العدالة على طائفة أو جنس وإنما تطلبها بالنسبة للجميع، بل وحذرت من ترك العدل لأي سبب، وقد كانت مراعاة هذه العدالة سببا في دخول أفواج الناس في الإسلام.

وهذا عمر بن الخطاب وقد جاء مصرى يشكو ابن حاكم مصر «عمرو ابن العاص» لأنه ضربه من غير حق، فاستدعى الحاكم وابنه إلى مقر الخلافة، ليقتص للشاكي، ويقول لعمرو : «متى استعبدتم الناس وقد ولدته أمهاتهم أحرارا».

(١) وكانت قد سرقت فاستشفع أهلها بأسامة بن زيد حبيب الرسول لرفع الحد عنها، فغضب وقال لأسامة : أتشفع في حد من حدود الله، ثم قال الحديث. جاء في نيل الأوطار جـ ٧ ص ١٣٥ أنها المرأة المخزومية.

وهو الذى يعتبر نفسه مسئولاً عن تصرفات عماله ويقول : «أيما عامل لى ظلم أحداً وبلغتنى مظلمته فلم أغیر فأنا ظلمته» .

وهذا أبو بكر من قبل عمر فإنه قال فى أول خطبة له : «الضعيف فيكم قوى عندى حتى أرد عليه حقه إن شاء الله ، والقوى فيكم ضعيف عندى حتى آخذ الحق منه إن شاء الله . . .»

فالعادلة فى الإسلام مطلوبة من الحاكم ومن القاضى ومن الأب والزوج ومن الشاهد، ومن كل راع مسئول عن رعيته .

أهم المبادئ التى جاء بها التشريع الإسلامى : ويجدر بنا بعد أن قدمنا لك الدعائم التى ارتكز عليها التشريع الإسلامى أن نذكر لك شيئاً من مبادئه القويمة .

١ - مبدأ التوحيد: فإنه جمع الناس نحو إله واحد ﴿قل يا أهل الكتاب تعالوا إلى كلمة سواء بيننا وبينكم ألا نعبد إلا الله﴾^(١) .

٢ - مبدأ الاتصال المباشر بالله دون وساطة أو سيطرة روحية ﴿وقال ربكم ادعوني أستجب لكم﴾^(٢) ، ويقول ﴿ فإننى قريب أجيب دعوة الداع إذا دعانى﴾^(٣) .

٣ - مبدأ التخاطب مع العقل : فالتشريع الإسلامى جعل العقول مناط التكاليف وخصوصاً فيما يتعلق بأمور الدنيا وبمعرفة الخالق ﴿فاعتبروا يا أولى الأبصار﴾ ، ﴿أفلا تعقلون﴾ ، وروى أن الرسول عليه السلام قال : «إنما يرتفع العباد غداً فى الدرجات الزلقى من ربهم على قدر عقولهم» .

ولما كان العلم دعامة تزيد العقل نوراً دعا إليه ، وحث الناس على التزود منه ﴿وقل رب زدنى علماً﴾^(٤) ، ويقول الرسول : «طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة» .

(١) سورة آل عمران ج ٣ / ٦٤ . (٢) سورة غافر ج ٢٤ / ٦٠ .

(٣) سورة البقرة ج ٢ / ١٨٦ . (٤) طه ج ١١٦ / ١١٤ .

٤ - مبدأ إحاطة العقيدة بالأخلاق الفاضلة المهددة للنفس «وعباد الرحمن الذين يمشون على الأرض هونا وإذا خاطبهم الجاهلون قالوا سلاما»^(١).

٥ - مبدأ جعل التكاليف الشرعية لإصلاح الروح وتطهيرها، وليس لإرهاق البدن وتسخيره «ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج، ولكن يريد ليطهركم»^(٢) «خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها»^(٣).

٦ - مبدأ التأخى بين الدين والدنيا فى التشريع، فقد جاءت أحكامه بأمور الدين والدنيا ودعا إليهما «وابتغ فيما آتاك الله الدار الآخرة، ولا تنس نصيبك من الدنيا»^(٤) وقد كان الزمن ينصرف إلى أن الأديان إنما تدعو إلى حرمان النفس وعدم العناية بالأمور المالية.

٧ - مبدأ المساواة والعدالة : فقد ساوى بين الناس جميعا دون تفریق بين الأجناس والأفراد والأشخاص «إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله أتقاكم»^(٥)، ويقول الرسول لآبته : «اعملى يا فاطمة فإنى لا أغنى عنك من الله شيئا».

٨ - مبدأ الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر : وهو مبدأ عظيم يصلح بمفرده دستوراً لجميع نواحي الإصلاح. وستناوله بشيء من البيان عند الكلام عن الحسبة.

٩ - مبدأ الشورى : فقد جعلت الشورى أساس الحكم فى الإسلام فى وقت كان الحكام فيه هم أصحاب السلطة منفردين. يقول الله تعالى : «وشاورهم فى الأمر»^(٦)، «وأمرهم شورى بينهم»^(٧).

(١) سورة الفرقان ج ١٩ / ٦٣ . (٢) سورة المائدة ج ٦ / ٦ .
(٣) سورة التوبة ج ١١ / ١٠٣ . (٤) سورة القصص ج ٢٠ / ٧٧ .
(٥) سورة الحجرات ج ٢٦ / ١٣ . (٦) سورة آل عمران ج ٤ / ١٩٩ .
(٧) سورة الشورى : ٣٨ .



١٠ - مبدأ التسامح وهو اسمى وأعم مما عرف اليوم بمبدأ التعايش السلمى، والإسلام حينما يدعو إلى التسامح إنما يدعو إليه فى عزة وإباء دون أن يعطى هذا التسامح سلطانا لأحد أو ولاية ﴿لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين﴾^(١).

ومع هذا فإنه تعالى يقول : ﴿إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على إخراجكم أن تولوهم﴾ أى ينهاكم عن اتخاذ هؤلاء أولياء، وهذا لا يمنع من برهم والإحسان إليهم وإيجاد علاقة طيبة بهم رغم ما سبق منهم.

١١ - مبدأ الحرية : وقد نادى الإسلام بالمحافظة على حرية الأفراد دون مساس بالمصالح العام سواء فيما يتعلق بالعقائد ﴿لا إكراه فى الدين﴾^(١)، ﴿وقل الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر﴾^(٢) أم كان فى مطلق الرأى.

وهذا واحد من عامة الشعب يقول للخليفة عمر بن الخطاب : «والله لو رأينا فيك أعوجاجا لقومناك بسيفنا»، وهذه امرأة تقاطعه وهو يخطب حائا الناس على عدم التغالى فى المهور وتقول : «أيعطينا الله ويمنعنا عمر؟».

١٢ - مبدأ التكافل الاجتماعى: فجعل الزكاة حقا للفقير فى مال الغنى، وليست تفضيلا وامتنانا، فلا تعاضم ولا استجداء لها، بل وكفل الإسلام نفقة الفقير العاجز عن الكسب وجعلها فى بيت مال المسلمين دون نظر لديانة الفقير.

* * *

هذه المبادئ وتلك الدعائم تنبئ عن متانة البناء وقوة أركانه، وصلاحيته للاحتكام إليه فى كل زمان بين جميع الأجناس، ولقد ازدهرت الأمة الإسلامية وقويت شروكتها حينما كانت تخضع فى جميع شئونها للفقه الإسلامى، ثم ضعفت وتفككت حينما جمد الفقهاء وركنوا إلى التقليد دون اعتبار لاختلاف العادات والمصالح، مما جعل الحكام والناس من ورائهم يحتالون على أحكام الفقه،

(١) سورة المتحنة ج ٢٨ / ٨. (٢) سورة البقرة ج ٣ / ٢٥٦.

(٢) سورة الكهف ج ١٥ / ٢٩.

ويحاولون إخضاعها لشهواتهم وأغراضهم، وهكذا، حتى استعان ولاية الأمر باسم الرقى والتحضّر بالقوانين الأجنبية، بحجة أن الفقه الإسلامى - بالوضع الذى كان عليه - لا يتفق مع زمانهم، وما تقتضيه المدنية والصلوات بالدول الأخرى، وهذا الظن وإن راود أذهان بعض القانونيين فى بعض البلاد الإسلامية، فإنه كان صدى لما هو مستقر فى أذهان الفقهاء الغربيين.

وهذا إن كان فيه إجحاف بالفقه الإسلامى، فإن المسئول فى الحق عن هذا هم رجال الدين الإسلامى الذين توانوا عن إظهار محاسن هذا الفقه وعرضه فى ثوب جديد، ولم يكلفوا أنفسهم عناء البحث والاجتهاد لاستنباط أحكام لكل ما جد من أعمال وصلات فى هذا العصر.

غير أنه من أوائل القرن الحالى بدأ المسلمون يحاولون استعادة مجدهم العلمى، ويعملون للرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامى، بعد أن وجد من العلماء من كانوا فى كتاباتهم وبحوثهم متحررين عن التقليد المذهبى مراعين مصالح الناس فى اجتهداتهم أو ترجيحهم.

والحق أن هذه النزعة ظهرت من قبل فى فترات متباعدة على ما سنبينه بعد.

وهكذا حتى صدر القانون المدنى رقم ٣١ لسنة ١٩٤٨ مقتبسا الكثير من أحكامه من الفقه الإسلامى. فضلا عما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة الأولى عليه «إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى الحرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية»^(١).

(١) هذا والفروض التى لا يعثر فيها القاضى على نص فى التشريع ليست قليلة. فسيرجع القضاة إذن للشريعة الإسلامية يستلهمون مبادئها فى كثير من القضايا، بل وأخذ القانون بأحكام تفصيلية من الشريعة فى مواده كما أخذ ببعض النظريات العامة، وقد جاء فى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون.

واللجنة تسجل ما صادفت فى مشروع القانون من أحكام أخذت من الشريعة الإسلامية كالأحكام الخاصة بنظرية التصف فى استعمال الحق وحالة الدين ومبدأ الحوادث غير المتوقعة، وهذه الأحكام جميعها تتضمن من القواعد ما يعتبر شاهدا من شواهد التقدم فى التقنيات الفيزيائية وإن كان فقهاء الشريعة قد فطنوا إلى ما حدث من أحكام فإنهم أحكموا سبكه وتطبيقه على ما عرض فى القضية لقرون خلت . . .



وليس هذا فحسب بل إن مختلف القوانين في بلادنا لمجد الكثير من موادها أحكامه متفقة مع الفقه الإسلامي ولو في الروح على الأقل، ولمجد مواضع الخلاف محدودة يمكن مع حسن النية إذا تشكلت لجان من رجال القانون والمتحررين من الفقهاء أن يقربوها من الفقه الإسلامي دون حدوث رعزعة في مجتمعنا، كما أن كثيرا من الدول الإسلامية الأخرى جعلت الأساس عند وضع قوانينها أحكام الفقه الإسلامي، وإن كانت بعض هذه الدول قد انحرفت في فهم بعض الأحكام القطعية انحرافا أبعدا عن جادة الصواب، وأخرى باعدت بدستورها بينها وبين الدين الإسلامي وأحكامه.

إلا أن شيئا من كل ما سبق لا يضعف الفقه الإسلامي ولا يزعزع الثقة فيه، بل تمجد الأمر على العكس من ذلك فقد أصبح الفقه الإسلامي موضع اهتمام رجال القانون في الدول المتحضرة الأخرى غير الإسلامية. ففي المؤتمر الدولي للقانون المقارن المنعقد في مدينة لاهاي سنة ١٩٣٢ يعلن الأستاذ لامبير Lambert الفقيه الفرنسي تقديره الكبير للفقه الإسلامي^(١).

(١) وقد أرسل الأهر مستدوين عنه إلى هذا المؤتمر في دورته الثانية المتعقدة سنة ١٩٢٧ بناء على دعوة موجهة إلى الأهر من المؤتمر، وقد تقدم ممثلو الأهر إلى المؤتمر ببشتين جليلين أحدهما في بيان المسؤولية المدنية في نظر الإسلام. والثاني في علاقة القانون الروماني بالشرعة الإسلامية ونفى بعض ما يزعمه بعض المستشرقين من تأثير الفقه الإسلامي بذلك القانون.

وكان من نتيجة ذلك أن قرر المؤتمر بإجماع الآراء :

- ١ - اعتبار الشرعة الإسلامية مصدرا من مصادر التشريع العام «القانوني المقارن».
- ٢ - اعتبار الشرعة الإسلامية حية صالحة للتطور.
- ٣ - اعتبار الشرعة الإسلامية قائمة بذاتها ليست مأخوذة من غيرها.
- ٤ - تسجيل البحث الأول في سجل المؤتمر باللغة العربية واعتباره بين المجموعة العلمية التي تدخر للرجوع إليها.
- ٥ - استعمال اللغة العربية في المؤتمر والتوصية بالاستمرار على ذلك في الدورات المقبلة.

وكذلك فإن مؤتمر المحامين الدولي المنعقد في لاهاي سنة ١٩٤٨ والذي اشترك فيه ثلاث وخمسون دولة جاءت قراراته معترفة بدورها بما في التشريع الإسلامي من مرونة وأهمية موصية اتحاد المحامين الدولي بأن يقوم بتبني الدراسة المقارنة لهذا التشريع والتشجيع عليها.

وفي يولية سنة ١٩٥١ عقدت شعبة الحقوق الشرقية من المجمع الدولي للحقوق المقارنة مؤتمرا في كلية الحقوق من جامعة باريس للبحوث في الفقه الإسلامي تحت اسم (أسبوع الفقه الإسلامي) برئاسة (المسيو ميو) Monsieur Milliot - أستاذ التشريع الإسلامي في كلية الحقوق بجامعة باريس، وحضره عدد كبير من رجال الفقه الإسلامي ورجال القانون في العالم العربي، وكانت مواضيع المحاضرات قد تمحّدت في الأمور الآتية :

إثبات الملكية ، والامتلاك للمصلحة العامة، والمسئولية الجنائية، وتأثير المذاهب الاجتهادية بعضها في بعض، ونظرية الربا في الإسلام.

وفي خلال بعض المناقشات قال أحد نقباء المحامين السابقين في باريس «كيف أوفق بين من كان يحكى لنا عن جمود الفقه الإسلامي وعدم صلاحيته أساسا للتشريع يفى بحاجات المجتمع المعصر المتطور، وبين ما نسمعه الآن مما يثبت خلاف ذلك تماما يبراهين النصوص والمبادئ»، وفي ختام المؤتمر اتخذت القرارات الآتية بالإجماع:

١ - مبادئ الفقه الإسلامي لها قيمة حقوقية تشريعية لا يمارى فيها.

٢ - اختلاف المذاهب الفقهية ينطوى على ثروة من المفاهيم والمعلومات من الأصول الحقوقية هي مناط الإعجاب، وبها يتمكن الفقه الإسلامي من أن يستجيب لجميع مطالب الحياة الحديثة، والتوفيق بين حاجاتها.

ثم أوصى المؤتمر بإخراج موسوعة فقهية تعرض فيها المعلومات الحقوقية الإسلامية للأساليب الحديثة^(١).

ومن ناحية أخرى نحمد أن رجال القانون الدولي اعتبروا محمد بن الحسن الشيباني الحنفي (١٣٢ / ١٨٩ هـ) أبا لهم، وألقوا باسمه جمعية خاصة تبحث ما كتبه، وقالوا عنه : «إنه خليف بأن يأخذ مكانه الحق بين رواد القانون الدولي العالمين»^(٢).

وحقا إنه قد مضت الأيام على هذه الأفكار، وعلى القرار الذي اتخذته المؤتمر المذكور فلم تنشط حكومة من الحكومات العربية، ولا جامعة أو مجمع من المجامع لتحقيقها. حتى صدر في سورية مرسوم جمهوري رقم ١٧١١ في ٣ / ٥ / ١٩٥٦ ونصت مادته الأولى على ما يلي «تصدر كلية الشريعة الإسلامية في الجامعة السورية موسوعة (دائرة معارف) للفقه الإسلامي غايتها صياغة مباحث الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه وإفراجها في مصنف جامع مرتب على غرار الموسوعات القانونية الحديثة بحيث :

(١) هذا وقد دعت مجلة المحاماة الشرعية في العدد السابع من السنة التاسعة عشرة (إبريل سنة ١٩٤٨) إلى إنشاء مجمع فقهي لخدمة الفقه الإسلامي، وما جاء فيه أن الفقهاء السابقين المتأخرين لم ينظموا الفقه التنظيم الحسن الذي يمكن من الاستفادة منه بسهولة، ولو عنوا به لأفروا منه دائرة معارف فقهية خاصة بكل مذهب، ودائرة معارف فقهية كبرى تحيط بجميع المذاهب بأدلتها، وتجمع جميع الفتاوى والأقوال منسقة تنسيق دوائر المعارف القانونية الأوروبية، وطالبت إدارة المجلة أن تقوم وزارة العدل والأمر الشريف بالعمل على إصدار مرسوم بإنشاء المجمع الفقهي تحقيقا لما ينشده رجال الفقه والقانون والتشريع. ولقد فكرت وأنا بالمحاماة ثم بالقضاء في عمل فهرس تحليلي للموضوعات التي وردت في كتب الفقه على اختلاف المذاهب تبين فيه المراجع التي جاء بها كل موضوع أو جزئية. وحاولت فترة، ولكن العمل شاق ومضن ويحتاج إلى نفقات ومكتبات وتفرغ، وقد أخرجت كلية الشريعة بجامعة دمشق في نهاية العام الماضي فهرسا تحليليا مرتبا هجائيا للبحوث التي تناولها كتاب المحلى لابن حزم.

(٢) من نشرة سكرتارية هذه الجمعية للمعاهد التعليمية في العالم.

(أ) يعرض مواد الفقه الإسلامى عرضا علميا حديثا.

(ب) ويسهل الرجوع إلى نصوصه فى كل موضوع للإفادة منها إلى أبعد حد.

(ج) ويرشد الباحثين إلى مصادر هذا الفقه ومواطن كل بحث فيه.

وقد ألف مجلس الجامعة السورية^(١) لجنة للدراسة الموضوع، ثم احتضنت وزارة الأوقاف المصرية الموضوع وأصدرت قانونا سنة ١٩٦٠ يقضى بإنشاء مؤسسة تدعى دائرة المعارف الإسلامية ترمى إلى وضع مدونة جامعة للمعارف الإسلامية وفقا للأساليب الحديثة. على أن تتبنى هذه المؤسسة مشروع موسوعة الفقه الإسلامى، وقد اعتمدت وزارة الأوقاف لهذا العمل خمسين ألف جنيه، وصرفت منها فعلا مبلغا لبعض المهتمين بالأمر من السادة الزملاء السوريين، وشاءت الظروف أن تشكل اللجنة من أعضاء سوريين ومصريين، وأن يكون لى الشرف أن أكون مقرا لها فعملت جاهدا - علم الله - مخلصا للفكرة حتى خرج عدد منها فى يوليو ١٩٦١ كنموذج يتضمن بحثا فقهية من حروف شتى^(٢) انفرد بكتابة مقدمته التاريخية أستاذنا الكبير الشيخ السهورى.

(١) راجع موسوعة الفقه الإسلامى فكرتها ومنهاجها - التى أصدرتها لجنة الموسوعة، سنة ١٩٥٩ طبع مطبعة جامعة دمشق.

(٢) فمن حرف الألف (أل) كتب عنها أستاذنا الشيخ السهورى، وكلمة (إباحة) قمت أنا بالكتابة عنها، وكلمة (إجماع) و (إساءة استعمال الحق) كتب عنهما الأستاذ الشيخ محمد أبو رهرة، وكلمة (احتساب) كتب عنها الأستاذ الشيخ على الخفيف، وكلمة (احتكار) كتب عنها الأستاذ الدكتور أحمد السمان مدير جامعة دمشق حاليا، وكلمة (استحسان) كتب عنها ففيلة الأستاذ مصطفى الزرقا الأستاذ بكلية الحقوق بجامعة دمشق، وكلمة (أصل) كتب عنها الأستاذ الدكتور معروف الدواليبى الأستاذ بجامعة دمشق ورئيس وزراء سابق بسوريا.

ومن حرف التاء كلمة (تسمير) كتب عنها الأستاذ الدكتور أحمد السمان.

ومن حرف الدال كلمة (دين) كتب عنها الأستاذ الشيخ على الخفيف.

ومن حرف الراء كلمة (ربا) كتب عنها الأستاذ الشيخ أبو رهرة.

ومن حرف الميم كلمة (معادن) وكتب عنها الأستاذ محمد المتصر الكنانى الأستاذ بكلية الشريعة بجامعة دمشق.

ولقد كانت فكرة الموسوعة تنهافت على احتضانها عدة جهات، وكان التنافس على احتضانها سببا فى إيجاد تيارات جارفة كان يخشى على الموسوعة منها لولا تحمس وزارة الأوقاف فى ذلك الحين والمجلس الأعلى للشئون الإسلامية، وصمودى وجلدى وما قمت به من مجهود.

وبعد أن ظهر العدد ضاعفت المجهود أنا ومن استعنت بهم فى مكتب الموسوعة من العلماء الباحثين لاستخراج المصطلحات الفقهية، حتى تم ذلك العمل الجليل، ورتبت المصطلحات ترتيبا أبجديا، ولم يبق إلا الكتابة عنها.

ولو كان الحماس للفكرة كما هو ولم توقف أعمال اللجان فترة ويمتنع الإنفاق عليها، لتوالت أعدادها فى الظهور مرتبة ترتيبا أبجديا، ولظهرت فى ثوبها الأخير كاملة نافعة. ومع هذا فما زلنا نرجوها التوفيق والنجاح ألا يقف فى سبيل هذا المجد التاريخى رأى أو مال. وبعون الله تعالى سيبدأ ظهور الموسوعة بإصدار الجزء الأول منها فى ٢٣ يوليو من هذا العام. وقد أسهمت بالكتابة فيه عن جملة مصطلحات، وستليه الأجزاء التالية على التوالى ما لم يوجد المعوق، فقد أعددت مواد الجزء الثانى، ووزعت مصطلحات بعض الأعداد التالية.

موازنة عامة بين التشريع الإسلامى والقوانين الوضعية :

ومع هذا فلو عقدنا موازنة عامة بين التشريع الإسلامى والقوانين الوضعية^(١) لانتجت الموازنة رجحان جانب تشريعنا الإسلامى عن أى تشريع آخر ما دام الحكم منصفا بعيدا عن التعصب والغرض.

١ - فهو من ناحية المصدر والنشأة : تشريع إلهى بمصادره وأحكامه الأولى، فهو من عند الله الذى لا تخفى عليه خافية، المنزه عن الخطأ والغرض، ونصوص هذه الشريعة العامة جاءت مطلقة مرنة يطبقها المجتهدون حسبما تقتضيه المصلحة والبيئة دون مساس بأصل القاعدة.

أما التشريع الوضعى فإنه يستمد أحكامه من سلطان الدولة التى تسنه وتعده وتلغيه حسب الحاجة والبيئة، فهو تشريع قاصر ناقص حتى فى قواعده من وقت النشأة، فالتبديل والتعديل والإضافة أمر دائم مستمر فى قواعده.

(١) القانون الوضعى Droit positif هو القانون الذى يهتم بدراسة النظم القانونية المطبقة حاليا على شعب معين.

٢ - والتشريع الإسلامى من ناحية الغاية أهم وأشمل لأنه عمده إلى تكوين الإنسان على مثال حسن، وعنى بتوثيق العلائق بين المرء وأخيه وبينه وبين ربه. أما القوانين الوضعية فإنها قاصرة على علاقة الفرد بالآخرين أو علاقته بنفسه بقدر ما يعود على المجتمع فقط.

٣ - كما أن التشريع الإسلامى من أول الأول راعى مصلحة الجماعة، وقدمها على مصلحة الفرد عند التعارض، ولم يجعل للأفراد حقوقاً طبيعية، وإنما منحهم الحقوق باعتبارهم أعضاء فى المجتمع ورسم لهم طرق استيفائها دون تعسف أو إضرار بحق الغير أو بالمجتمع «لا ضرر ولا ضرار» وجعل دفع الضرر العام مقدماً على دفع الضرر الخاص مما يدل على أن نظريته جماعية من البداية، بينما القوانين الوضعية على اختلافها لم تفتن إلى هذا إلا من عهد قريب إذ كانت تعتبر حقوق الأفراد طبيعية خالدة، للفرد مطلق الحرية فى استعمالها دون مراعاة للغير أو المجتمع.

٤ - وأيضاً فالتشريع الإسلامى قد سن لكل تصرف يحدثه الإنسان حكماً: حكماً فى الدنيا يتعلق بمظهر العمل وأثره بين الناس، وحكماً فى الآخرة يتعلق بالقصد الحقيقى والباعث عليه. أو بعبارة أخرى حكماً ينظم صلته بربه وهذا ينظر فيه إلى حقيقة قصده ونواياه. فيقال هذا الأمر جائز ديانة لا قضاء والعكس. فالتشريع الإسلامى بهذا يحاسب على الأعمال الداخلية حتى التحضيرية، كما يحاسب على الأعمال الخارجية، بخلاف الوضعى فإنه قاصر على الأعمال الخارجية بل على بعضها.

٥ - وفوق ذلك فالتشريع الإسلامى فيه ناحية إيجابية وناحية سلبية، فهو يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر، فجلب المصالح ودرء المفاسد كلاهما مقصود بذاته، فهو يتفق فى أحكامه مع قانون الأخلاق ومتصل بالضمير الإنسانى اتصالاً وثيقاً. أما التشريع الوضعى فيغلب على طابعه الناحية السلبية فقط، إذ يعنى فى الغالب بدرء المفاسد والنهى عن الأذى.

٦ - كما أن أحكام التشريع الإسلامى رادعة قوية يخشاها الإنسان فى السر والعلانية، ولا يستطيع أن يتهرب منها أو يحتال عليها، ولا مفر للمؤمن بالله من طاعتها لأنه مسئول عن ذلك فى الدنيا والآخرة.

٧ - بقى أن نقول فى الموازنة أن التشريع الإسلامى شجع على الطاعة وبشر الصالحين أعمالا ووعدهم بالثواب. وفى هذا من الحث على الطاعة والتحذير من الآثام ما فيه لأن المطيع سوف لا يتخلص من عقاب المعصيان فقط، بل سيأخذ أجرا على طاعته.



وبعد فيقضى أنه لن يصلح آخر هذه الأمة إلا بما صلح به أولها. وقد كانت تعاليم الإسلام سببا فى توحيد هذه الأمة من أجناس مختلفة، والسمو بها إلى أعلى الدرجات، ويسط سلطانها على جزء كبير من العالم، فقد كانت الأمة الإسلامية خير أمة أخرجت للناس، وكانت الأمة الأولى فى قوتها وعدالتها حينما كانت مخلصه لدينها متبعة لأحكامه.

ونحن واثقون من أن الفقه الإسلامى بمذاهبه العديدة وآرائه المختلفة إذا استوعبت أحكامه، وأجهد الفقهاء فى العصر الحاضر أنفسهم لمواجهة الحياة مواجهة فعلية غير واقفين عند اجتهاد السابقين، إذ الوقوف عندها كما يقول القرافى «ضلال فى الدين وجهل بمقاصد العلماء السابقين».

فإذا خلعتنا ثوب الحمول والجمود، ونفضنا ما بقى على عقولنا من غبار، وتحققت فكرة المجمع الإسلامى فجمعنا العالمين من المؤمنين المتخصصين فى الدين والمتخصصين فى القانون وغيرهم ممن تدعو الحاجة لهم ووضعوا كل جديد على بساط البحث وهو ليس بكثير، ثم عرضوا بضاعتهم عرضا حسنا، وصاغوا الأحكام المتخيرة من الفقه الإسلامى صياغة قانونية محكمة،. إذن لآمن العالم بصدق ما نقول، ولما عارض أحد فى تطبيقه، بل لسارع المسئولون إلى

الآخذ به^(١). نعم إن مجمع البحوث قد تكوّن فى الأزهر وشكلت لجانه وعقد مؤتمره الأول والثانى بالقاهرة وتناولت لجانه بعض المسائل بالبحث، وخرج المؤتمر ببعض التوصيات غير أننا نتظر منه أن يستعرض كل جديد ليبين حكم الله فيه. وكان مما بحثه المؤتمر ونشر فى مجلته: الاجتهاد، وتلفيق الأحكام والملكية والتأميم، ومن القرارات التى أصدرها جواز تنظيم النسل بالنسبة لكل أسرة حسب ظروفها وإمكاناتها مع بقاء أصل الصلاحية للحمل^(٢).

اللهم هؤلاء جنودك الذين عرفوا فضل شريعتك، ونحن خدام هذه الشريعة السمحة التى نشأنا فى محيطها ونأمل أن نموت ونحن فى خدمتها، وفقنا يا إلهى إلى العناية بها ووضعها فى مكانها اللائق بها فى الحياة، ووفق أولى الأمر فى الأمة الإسلامية إلى الاسترشاد بها والاحتكام إليها، فهذا منك فضل علينا كما تفضلت بها يارب العالمين.

(١) يقول الأستاذ الدكتور السنهورى وهو القانونى الباحث الفاحص الذى قارن فى دراسته القانون بالفقه الإسلامى: «وفى الشريعة الإسلامية عناصر لو تولتها يد العياقة فأحسنت صياغتها لصنعت منها نظريات ومبادئ لا تقل فى الرقى عن أخطر النظريات الفقهية التى تلقاها اليوم من الفقه الغربى»، ويقول أيضا: «إن الشريعة الإسلامية بحالتها الموجودة صالحة لأن تكون مصدرا للتقنين».

ويقول فى العدد الأول لمجلة للحاماة الشريعة فى أكتوبر سنة ١٩٢٩، إن الشريعة الإسلامية إذا صادفت من يعنى بأمرها تستطيع أن تحارى القانون الحديث دون تقصير بل وتتفوق عليه فى بعض المسائل».

ويقول المستشرق المجرى الأستاذ فميرى: «إن فقهكم الإسلامى واسع جدا إلى درجة أننى أعجب كلما فكرت فى أنكم لم تستبطنوا منه الانتظمة والأحكام الموافقة لبلادكم وروايتكم». ويقول الأستاذ الدكتور السيد مصطفى السيد فى خاتمة رسالته فى نظرية إساءة استعمال الحق: «ويجدر بنا أن نختم بحثنا بالإشارة إلى أننا أغنياء بفقهنا عن أن نستعين بغيره من مستحدثات القوانين، وأن الشريعة الإسلامية التى وسعت العالم الإسلامى فى أزهى عصوره، وقضت حاجة بلادنا من التشريع مئات السنين لا تقصر عن أن تكون أصلح مصدر للمشرع بأخذ منه أحكام قانون مدنى موحد».

(٢) طلبت إلى جامعة القاهرة فى أواخر سنة ١٩٦٥ أن ألقى محاضرة عامة بها فى موضوع نظرة الإسلام إلى مسألة تنظيم النسل، فبحث الموضوع كعادتى بحثا مقارنا فى جميع المذاهب الإسلامية، وكانت نتيجة البحث أن الإسلام يجهز لكل أسرة أن تتحكم فى الإنجاب والنسل بما يتفق مع طاقتها وقدرتها على الرعاية والإنفاق. وقد قامت مكتبة النهضة العربية بنشر ذلك فى كتاب بعنوان «نظرة الإسلام إلى تنظيم النسل».

كما عينت عضوا ببلجنة التوعية والتوجيه باللجنة العليا لتنظيم الأسرة، واستعانت بى بعض أجهزة الدولة لهذا الغرض فقامت بواجبى على خير وجه يرضى الله، ويحقق صالح الأسرة والمجاعة.

القسم الأول

تاريخ الفقه الإسلامى
ويتكون من أربعة فصول

الفصل الأول

التعريف بالفقه الإسلامى وبيان نزعتة وأنواع أحكامه

المبحث الأول

الفقه الإسلامى ونزعتة الجماعية

التعريف بكلمة فقه والأدوار التى مرت بها : جاء فى كتب اللغة :
الفقه^(١) بالكسر : العلم بالشىء والفهم له والفطنة ، وغلب على علم الدين
لشرفه .

ثم أطلقت كلمة فقه على ما يتناول الأحكام الدينية جميعها ما كان منها
متعلقا بأحكام العقائد ، أو الأحكام العملية ، وكان الفقه يطلق على تفهم هذه
الأحكام وإدراكها جميعها . كما كان يطلق على جميع هذه الأحكام نفسها لا فرق
بين حكم وآخر ، ومن هذا قول الله تعالى : ﴿فلولا نفر من كل فرقة منهم
طائفة ليتفقهوا فى الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم﴾^(٢) .

والفقه بهذا الإطلاق كان يمثل الطابع الحقيقى للتفكير الإسلامى ، لأن
الفقه حتى فيما يتعلق بالعقائد وأمور الآخرة إنما يقوم على القرآن والسنة ، ويدور
حولهما .

ثم بعد انتهاء العصور الأولى للإسلام اتسعت الفتوحات ودخل فى
دين الله أقوام كثيرون مما استتبع ازدياد الأحكام وتنوع الفتاوى ، فدعا هذا
إلى قصر كلمة فقه على العلم بطائفة من الأحكام الشرعية^(٣) العملية

(١) العلامى باب الهاء فصل الفاء ج ٤ ، هذا وقد ذكرت مادة فقه فى القرآن فى عشرين موضعا .

(٢) سورة التوبة ج ١١ / ١٢٢ .

(٣) الحكم الشرعى : هو خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين من طلب أو تخيير أو وضع .

وهو باعتباره قاعدة لم يوضع لحالة خاصة أو فرد معين وإنما هو قاعدة كلية . فقد جاء فى
كتاب مجامع الحقائق لأبى سعيد الخادمى ص ٣١٩ «الحكم يراعى فى الجنس لا فى الأفراد» =



المكتسبة من أدلتها التفصيلية، كما أطلقوا الفقه أيضا على هذا الأحكام نفسها^(١).

طريق معرفة الفقه وموضوعه ومصادره : يستنبط علم الفقه بالرأى والاجتهاد ويحتاج في معرفته إلى التأمل والفهم^(٢).

= هذا والحكم يفترض وجود ما يأتى :

(أ) الحاكم وهو الله تعالى لأنه مصدر الأحكام. يقول الأمدى فى كتابه الأحكام ج ١ ص ٤١ : « لا حاكم سوى الله ولا حكم إلا ما حكم الله به ». ويقول الغزالي فى المستصفى : ج ١ ص ٦ : « وفى البحث عن الحاكم يتبين أنه لا حاكم إلا الله ». ولذا فقد اتفق الفقهاء على أن الله حكما فى كل مسألة.

(ب) المحكوم فيه : وهو الفعل الذى يتعلق به الحكم الشرعى.

(ج) المحكوم عليه : وهو المكلف نفسه ممن يتجه إليه خطاب الشارع ويلزم بهم التكليف.

هذا والحكم الشرعى نوعان :

حكم تكليفى : نسبة إلى التكليف من الشارع بفعل شيء أو تركه، والأفعال إما أن تكون واجبة أو مندوباً فعلها أو مباحة أو مكروهة أو حراماً. فمثلاً البيع حكم تكليفى مباح والربا حكم تكليفى حرام.

حكم وضعى : وهو ما كان موضوعاً كسب أو شرط أو مانع للأفعال. أو ما يترتب على الأفعال من صحة أو بطلان أو رخصة أو عزيمة، فمثلاً فعل القتل سبب القصاص. فالقصاص حكم وضعى لفعل القتل، وتسليم المبيع شرط لإبقاء العقد ووجود عيب فى المبيع مانع من لزوم العقد.

والحكم الوضعى لتصرف من له أهلية أداء بالبيع صحة العقد، أما بالنسبة لتصرف فاقد الأهلية فإن العقد يكون باطلاً، وكذلك فإن المرض أو السفر رخصة للفطر فى رمضان ولقصر الصلاة. راجع لنا فى ذلك كتاب «مباحث الحكم عند الأصوليين».

(١) راجع حاشية الرهاوى المصرى على شرح المنار لابن ملك ج ١ ص ١٩ فإنه يقول : « الفقه فى اللغة الفهم وفى الاصطلاح العلم بالأحكام الشرعية الاستدلالية بالتفصيل » والمستصفى ج ١ ص ٤ وفواتح الرحموت بهامش المستصفى ج ١ ص ٢٠ والبدائع ج ١ ص ٢ والإحكام فى أصول الأحكام ج ٥ ص ١٢٧، ١٣١، ١٣٢.

(٢) يقول ابن القيم فى إعلام الموقعين ج ٣ ص ٢٦٤ « والفقه أخص من الفهم لأن الفقه فهم مراد المتكلم من كلامه وهو قدر رالد من مجرد فهم وضع اللفظ فى اللغة، وتتفاوت الناس فى الفهم بتفاوت مراتبهم فى الفقه والعلم ».

موضوع علم الفقه وإن كان الأحكام الشرعية لأفعال الإنسان كالوجوب والحظر والإباحة والندب والكراهية، وكون التصرف صحيحا أو باطلا، والعبادة أداء أو إعادة أو قضاء إلا أنه فى الواقع يتكون من جزأين : العلم بالأحكام الشرعية العملية، والعلم بالأدلة التفصيلية لكل حكم^(١). فإذا قيل أن الربا حرام والبيع حلال ذكر الدليل : «وأحل الله البيع وحرم الربا» وهكذا.

والأحكام الفقهية وإن كانت كثيرها من سائر الأحكام الشرعية تؤخذ من الوحي^(٢) كتابا كان أو سنة، إلا أن الفقيه إذا لم تسعفه النصوص الوحى بها لجأ إلى استلهاهم روح الشريعة ومقاصدها، وفى هذا أكبر مجال للاجتهاد^(٣).

الفقيه ،

الفقيه فى الاصطلاح الشرعى ، من يكون الفقه ملكة له^(٤)، ويطلق على المتفقهين العارفين بالأحكام الشرعية، الثابتة للأفعال الإنسانية، التى هى موضوع علم الفقه^(٥).

(١) راجع لنا مباحث الحكم عند الأصوليين.

(٢) الوحى فى اللغة الإشارة والإلهام والكلام الخفى. وأطلق على الإعلام بالشئ فى خفاء وسرعة دون مقدمات وتفكير، واستعمل بمعنى الإلهام، ولا يعرف حقيقته إلا الأنبياء. وقد ورد فى القرآن بأنواع ثلاثة :

الإلهام، والسمع من وراء حجاب، والتلقى بواسطة الملك : «وما كان لبشر أن يكلمه الله إلا وحيا أو من وراء حجاب أو يرسل رسولا فيوحى بإذنه ما يشاء».

(٣) راجع حاشية الرهاوى على شرح المنار لابن ملك ص ١٩.

(٤) فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت بهامش المستصفى ج ١ ص ١١.

(٥) يقول الغزالي فى المستصفى ج ١ ص ٤ : «ولا يخفى أن للأفعال أحكاما عقلية أى مدركة بالعقل ككونها أعراضا وقائمة بالمحل ومخالفة للجوهر، وكونها أكرانا حركة وسكونا وأمثالها، والعارف بذلك يسمى متكلم لا فقيها. وأما أحكامنا من حيث إنها واجبة ومحظورة ومكروهة ومندوب إليها فإنما يتولى الفقيه بيانها» وفى التوضيح على التنقيح : «وما كان يطلق اسم الفقه فى الصدر الأول إلا على الملكة الفاضلة الشريفة والبصيرة الراسخة النبيهة. وصاحب هذه الملكة الغالبة هو المجتهد والفقيه على الحقيقة».



والشخص لا يصير فقيها إلا بمعرفة جملة من الأحكام الشرعية المتعلقة بأفعال المكلفين^(١) ولا بد أن يكون العلم بها ناشئا عن نظر واستدلال بأدلتها التفصيلية، وذلك بمعرفة معانى النصوص وعللها، وضبط الفروع بأصولها.

ثم شملت كلمة فقيه العارف بالأحكام العملية الضرورية، أو الناشئة عن استنباط من مجتهد اجتهدا مذهبيا، أو من طريق الأخذ والتفهم من أقوال الفقهاء. وعلى هذا فالعارف بالفقه عن طريق التقليد والتفهم لأقوال الفقهاء يعتبر الآن فقيها.

والأحناف من الفقهاء يشترطون ليكون الشخص فقيها فوق ما تقدم أن يعمل بهذه الأحكام الفقهية لأن العلم بها فى نظرهم ليس مقصودا لذاته وإنما ليعمل به.

والطبقة الأولى من الفقهاء : عمر بن الخطاب، وعلى بن أبى طالب، وعبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عمر، وعبد الله بن عباس، وزيد بن ثابت، وعائشة زوج الرسول. ويختلف العادون فى بعضهم ويجعلون واحدا مكان الآخر.

ولم يكن يطلق على الرسول أنه فقيه لأن علمه بالأحكام الفقهية لم ينشأ عن النظر والاستدلال وإنما عن إخبار الله تعالى له، حتى فيما اجتهد فيه لأنه كما فى شرح المنار^(٢) اجتهد النبى كالإلهام وهو القذف من غير نظر واستدلال.

(١) وفى فواتح الرحموت لشرح مسلم الثبوت على المستصفى ج ١ ص ١٠ «إن كان المراد جميع الأحكام فلا ينعكس لخروج الإمام أبى حنيفة بقوله عن كلمة دهر «لا أدرى» ومالك لقوله فى ست وثلاثين مسألة لا أدرى. أما إن أريد مطلق الأحكام قلت لا يطرد لدخول المقلد. ثم يقول صاحب مسلم الثبوت إن قول الإمام لا أدرى لا يخرج عن كونه فقيها لأن المراد الملكة إذ الفقيه من يكون الفقه ملكة له.

(٢) ص ٧٣٢، وسيأتى الكلام عن اجتهد الرسول، وهل اجتهداه فى أمور الدنيا عما لا يتعلق بالحل والحرمة لا يعتبر فقيها.

نزعة الفقه الجماعية ،

نظرة الفقه الإسلامى فى الواقع إنما تهدف إلى صلاح الفرد والمجتمع ، والنزعة السائدة فيه هى النزعة الجماعية . فهو يعمل غالباً على الحد من سلطان الفرد إذا تعارض هذا السلطان مع الصالح العام ، أو أساء الفرد استعمال هذا الحق ، إذ القصد من وضع الشريعة إنما هو صالح العامة ، والعمل على ما فيه الحفظ لكيان مجتمعهم فى جو من الرود والمحبة .

وما كانت حقوق الفرد فى الفقه الإسلامى حقوقاً طبيعية - كما كانت ترى القوانين الوضعية - ولكنها منح إلهية قيدت فى استعمالها بمراعاة مصلحة الآخرين وعدم الإضرار بالجماعة ، فإذا تعارضت المصلحة الخاصة مع المصلحة العامة قدمت المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، وأزيل الضرر الأكبر بالضرر الأدنى اتباعاً لآخف الضررين كما يقول الأصوليون . فقد يمنع المرء شرعاً من عمل هو فى الأصل مباح له وفيه مصلحة له ، وذلك إذا ترتب عليه ضرر لغيره ، أو ترتب عليه ضرر عام ، لأن المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة ، ولأنه لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام كما يقول الرسول عليه السلام^(١) .

وهذه النزعة الجماعية للتشريع الإسلامى تظهر بوضوح فيما جاء به الإسلام من أحكام سواء منها ما تعلق بالعبادات أو المعاملات ، فإنها كلها تهدف إلى تهذيب الفرد والعمل على الصالح العام للمجتمع بأسره ، ومراعاة الفقه الإسلامى لمصلحة الجماهير وتقديمها على مصلحة الفرد إذا تعارضت مع أمر واضح والمثل عليه كثيرة . فمن مراعاة حقوق الآخرين من الأفراد :

(١) روى أحمد : «أن رجلاً أتى أهل بيت فاستسقام فلم يسقوه حتى مات فأغرمهم عمر الدية^(٢) رغم أن الماء ملك خاص لهم ، ومن حقهم أن يحتفظوا بما

(١) رواه أحمد فى مسنده عن ابن عباس ، وابن ماجه فى سننه عن عبادة ، وحسنه النووى فى الأذكار ، وله شواهد تنتهى إلى درجة الصحة .

(٢) المسئولية الجنائية والدينية للأستاذ الأكبر الشيخ محمود شلتوت ، وهو البحث الذى قدمه لمؤتمر لاهائى ، وهو الذى استحق به عضوية جماعة كبار العلماء .

لهم ويمنعوه عن الغير، لكن الضرر الأكبر يدفع بالضرر الأدنى، وأن لا ي فرد من أفراد المجتمع عند الضرورة القصوى حقا في مال الغير.

(ب) والشفعة ^(١) تشريع لوحظ فيه حق الشفيع ^(٢)، وقرر الفقه الإسلامي حق تملك العقار الذي اشتراه الغير من شريكه بما قام عليه من ثمن ومصاريف جبرا عن المشتري والبائع، وهذا الحكم وإن جاء مخالفا للقاعدة الفقهية وهي أن الأساس في العقود الرضا، وأن من حق المالك أن يتصرف في ملكه كما يشاء إلا أنه لوحظ فيه مصلحة الغير، ومنع وقوع الضرر بين الشركاء، والضرر يجب أن يرفع، ولا ضرر على البائع، فقد كان يقصد التخلص من حصته في العقار نظير مبلغ معين، وقد توافر له هذا الغرض بأخذ الشفيع، ولا ضرر على المشتري فإنه كان في غنى عن هذه الحصة قبل شرائها وفي وسعه أن يشتري غيرها ما دام قد وجد من هو أحق منه، وإن كان يتصور ضرر بالمشتري فهو أدنى من الضرر الذي يصيب الشريك، والضرر الأكبر يدفع بالضرر الأدنى.

(ج) نهى الرسول عليه السلام عن أن يبيع أحدا على بيع أخيه أو يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له، لأن ذلك يوغر الصدور، ويولد الضغائن ويحدث المنازعات، وذلك النهي ملاحظة لحق الغير ورفع الضرر عنه.

(د) كان للضحاك بن خليفة الأنصاري أرض لا يصل إليها الماء إلا إذا مر ببستان لمحمد بن مسلمة، فأبى محمد هذا أن يدع الماء يمر بأرضه. فأتى الضحاك عمر بن الخطاب. فقال لابن مسلمة: أعليك فيه ضرر؟ قال: لا. فقال له: والله لو لم أجد له ممرا إلا على بطنك لأمرته. وقضى بتمكين الضحاك من إمرار الماء في أرض محمد بن مسلمة.

(١) وهي حق تملك العقار المبيع ولو جبرا عن المشتري بما قام عليه من ثمن بمثله إن كان مثليا، وقيمته وقت الشراء إن كان قيميا مع المصاريف.

(٢) وهو الشريك في العقار القابل للقسمة اتفاقا، أو الجار الملاصق أيضا عند الاختاف.

(هـ) أسقط الشافعي المسؤولية بالاضطرار لإباحة الشارع، ولا تجتمع إباحة وضمان، فلو قتل شخص جملاً صائلاً عليه، لا يضمن ما دام مضطراً لقتله لدفع الضرر عن نفسه. ويرى أن من أكل طعام غيره لدفع مخمصة لا يضمن أيضاً.

بينما فقهاء الحنابلة يفرقون بين ما إذا كان الإلتاف لدفع أذى المتلف مر المتلف كقتل الجمل الصائل فلا ضمان. أما إذا كان لدفع أذى المتلف بالمتلف كأكل الطعام وشرب الماء للمضطر فيضمن.

وقد استند ابن رجب إلى قاعدة «من أتلف شيئاً لدفع أذاه له لم يضمنه وإن أتلفه لدفع أذاه به ضمنه»، أما الأحناف فلإنهم يرون أن الاضطرار لا يبطر حق الغير.

هذه بعض المثل مما يبين لنا أن الشريعة الإسلامية تقيد حقوق الفرد مراعاة لحقوق الغير. نكتفى بها كى لمحتزئ لك مثلاً أخرى تبين لنا أن الفقه الإسلامي أيضاً يقيد حق الأفراد مراعاة للمصلحة العامة. ومن ذلك :

(١) ما فعله عمر بن الخطاب وقد فتح الله على المسلمين العراق والشام، ورأى فريق كبير من الصحابة قسمة الأرض وما عليها بين المحاربين الفاتحين من المسلمين، واعتبارها كلها غنيمة تطبق عليها آية الغنائم : «واهللوا أن ما غنمتم من شيء فإن لله خمس»^(١) لكن عمر رأى - ورأيه الحق - أن تترك الأرض بيد ملاكها على أن يدفعوا الجزية والخراج للمصلحة العامة للمسلمين جميعاً^(٢).

(ب) ومن هذا نزاع الملكية جبراً عن صاحبها للمنافع العامة، وقد حدث أيام عمر بن الخطاب أن نزعت ملكية بعض دور الصحابة، وهدمت والحقت بالحرم

(١) سورة الأنفال ج ١٠ / ٤١.

(٢) قال : «إذا قسمت الأرض بملوجها - الملعج بكسر العين : العير والرجل من الكفار - وأرض الشام بملوجها فما يسد به الثغور، وما يكون للدرية والأرامل بهذا البلد وبغيره؟». ثم قال : «أرأيتم هذه الثغور لا بد لها من رجال يلزمونها، أرأيتم هذه المدن المعظام كالشام والجزيرة والكوفة والبصرة ومصر لا بد لها من أن تشحن بالجيوش وإدارة المطاء عليهم. فمن أين يعطى هؤلاء إذا قسمت الأرض بملوجها؟»

لتوسعته، وكان ذلك نظير عوض هو قيمة العقار، أودعت للممتنعين بخزانة الكعبة، وقال لهم عمر : «لما نزلتم على الكعبة وهذا فناؤها، ولم تنزل الكعبة عليكم، ثم تكرر هذا في عهد عثمان أيضا.

(ج) يجيز الفقه الإسلامي لولى الأمر الاستيلاء على الفائض من أقوات الناس بالقيمة لإمداد جنوده به أو إمداد الجهة التى انقطع عنها القوت، وكذا الاستيلاء على عمل الصانع إذا احتاج الناس إلى صناعة طائفة كالفلاحة والنساجة والبناء أو الأطباء والمهندسين، بأجرة المثل إذ لا تتم المصلحة إلا بذلك. ومصلحة الجماعة مقدمة على مصلحة الفرد.

ويمكننا أن نقول أن من هذا القليل قانون تحديد الملكية، فإنه وإن كان تحكما فى حقوق الأفراد إلا أنه قد روعى فيه مصلحة الجماعة للتقريب بين الطبقات.

(د) وكذلك فإن تسعير السلع وإجبار أصحابها على بيعها بالسعر الذى يحدده ولى الأمر بواسطة نوابه، وإجبار المحتكر على بيع ما عنده بقيمة المثل جاء به التشريع الإسلامى، وفى هذا يقول الرسول ﷺ : «لا يحتكر إلا خاطئ»، فإن المحتكر الذى يعتمد على شراء ما يحتاج إليه الناس من الطعام فيحبسه عنهم ويريد غلاءه عليهم لظالم لعموم الناس». ومن واجب ولى الأمر أن يمنع الظلم بين الناس، ويضرب على يد الظالم.

ونستطيع أن نقول أيضا أن القانون الخاص بتحديد لإيجارات الأراضى الزراعية والمساكن داخل تحت هذا النوع، وإنه من قبيل الحد من حرية الأفراد محافظة على مصلحة المجموع، ومن باب دفع الضرر الأكبر بالضرر الأدنى.

(هـ) ومن باب مراعاة مصلحة المجموع على حساب حق الفرد ما فرضه الله فى مال الأغنياء حقا للفقراء، وما تفرضه الدولة من ضرائب تجبى وتجمع فى بيت المال^(٢)، لينفق منها على الصالح العام، وعلى المعوزين وذوى الحاجة المسلمين

(١) الخراج لأمى يوسف ص ١٤.

(٢) وكان الخليفة أبو بكر أول من اتخذ للمال بيتا يحتفظ فيه بما يتبقى من الأموال.

وغير المسلمين. فقد كانت تعطى الأعطيات للوالدات وأولادهن، وكان يتدرج هذا العطاء كلما زاد أبناء الأسرة الواحدة، كما أن عمر رضى الله عنه مر يباب قوم وعليه سائل يهودى - من أهل الذمة - يسأل وهو يقول : شيخ كبير ضرير البصر. فقال له عمر : ما الجاك إلى هذا؟ قال : أسأل الجزية وأنا محتاج كبير السن! . فأخذ عمر بيده وذهب إلى منزله وأعطاه شيئا، ثم أرسل إلى خازن بيت المال وقال له : انظر هذا وأمثاله، فوالله ما أنصفناه، إن أكلنا شبيبته ثم نخذله عند الهرم، وتلا قول الله تعالى : ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ﴾ وقال : الفقراء هم المسلمون، وهذا من المساكين من أهل الكتاب، ووضع عنه الجزية^(١).

ولقد جاء هذا المعنى فى صلح خالد بن الوليد مع أهل الحيرة. إذ جاء فيه «وجعلت لهم أيما شيخ ضعف عن العمل أو أصابته آفة من الآفات، أو كان غنيا فافتقر وصار أهل دينه يتصدقون عليه، طرحت جزيته، وعيل وعياله من بيت مال المسلمين ما أقام بدار الهجرة ودار الإسلام»^(٢). وقد كتب عمر بن عبد العزيز إلى ولاته ليبحروا على أهل الذمة الفقراء العاجزين عن التكسب من بيت المال ما يصلحهم^(٣).

فالإسلام إذاً كفل العيش للفقير العاجز عن الكسب، وجعل نفقته واجبة فى بيت مال المسلمين، وهو وإن كان قد حد من حرية الأفراد فى أموالهم مراعاة للصالح العام، إلا أنه دون إسراف فى ذلك أو تضيق على أصحاب رؤوس الأموال، ولكن بالقدر الذى يكفل به الضمان الاجتماعى ومراعاة شئون الدولة، انظر فى هذا ما كتبه الإمام على فى خلافته إلى الأشر النخعى «... تفقد أمر

(١) الخراج لأبى يوسف ص ٢٦، وفى هذا ما يدل على إعطاء المحتاجين ما يكفى لسد حاجتهم من بيت المال دون تفرقة بين الأديان، غير أن استشهاد عمر بالآية يفيد جوار إعطاء اليمين الزكاة، وهذا محل بحث فقهي، والمعروف أن الجزية إنما تفرض على القادرين على حمل السلاح من أهل الذمة نظير حمايتنا لهم، وهذا فيما يبدو عند عدم اشتراكهم فى الجندية، كما أن المعروف فقها أن الشيوخ والنساء والأطفال والرهبان لا تفرض عليهم الجزية، ولعل هذا مبدأ رفعها عن الشيوخ المسنين. راجع تفصيل ذلك فى أحكام اليمين فى دار الإسلام للدكتور عبد الكريم زيدان، وهى رسالته التى نال فيها الدكتوراه والتى كنت مشرفاً عليها.

(٢) المصدر السابق.

(٣) الأموال لأبى عبيد ص ٤٥.



الخراج بما يصلح أهله، فإن فى إصلاحه وإصلاحهم صلاحاً لمن سواهم، ولا صلاح لمن سواهم إلا بهم، ليكن نظرك فى عمارة الأرض أبلغ من نظرك فى استجلاب الخراج؛ لأن ذلك لا يدرك إلا بالعمارة، ومن طلب الخراج من غير عمارة أخرب البلاد وأهلك العباد. كما كتب أيضاً يقول : «انطلق على تقوى الله وحده، ولا تروّعن مسلماً، ولا تأخذ منه أكثر من حق الله فى ماله».

فهل هناك عدالة اجتماعية تفوق هذه العدالة، وهل يوجد نظام للضمان الاجتماعى يفوق هذا النظام، وهل يمكن أن يقال مع هذا أن بلادنا استمدت فكرة الضمان الاجتماعى من الشرق أو الغرب؟ اللهم لا. فإنها من صميم فقهاء الإسلامى وإن كنا غافلين.

(و) يقول جمهور الفقهاء^(١) إن الصيد إذا فر من صائده وعاد إلى أصله أصبح مالا مباحا وزالت عنه الملكية الفردية، والأرض الموات^(٢) إذا أهملت بعد إحيائها فتخربت زالت الملكية الفردية عنها وعادت الأرض مالا مباحا، والكنوز^(٣) إذا لم يعرف صاحبها أو ورثته ردت إلى ملك جماعة المسلمين وأودعت بيت مالهم، والمعادن^(٤) التى تكتشف فى الأرض تكون ملكا لجماعة المسلمين أيضا ولا يجوز للوالى - كما يرى مالك - أن يقطعها لفرد أو لشركة إقطاع تملكها؛ لأن فى تملكها لغير الدولة ما يضيق على الناس ويضر بهم، فلو تملكه أحد منعه عن الناس، وإن أعطاه إياهم بعوض أغلاه.

(١) مالك وفريق معه أما الاحناف فإن نظرتهم تنبج ناحية تحقيق مصلحة الفرد واحترام حقوقه دون نظر إلى شىء آخر فى كثير من الأمور.

(٢) الأرض الموات هى التى لا ممالك لها من البشر، ولا يتفجع بها أحد، واشترط أبو يوسف وأحمد أن تكون بعيدة عن العمران.

(٣) الكنز : هو ما دفن فى باطن الأرض من أموال بفعل الإنسان.

(٤) ونقصد هنا المعادن التى خلقها الله مع الأرض وكانت جزءا منها. وقد تكون سائلة كآبار البترول، وقد تكون صلبة كمناجم الذهب والفضة والنحاس والحديد، والماس.

هذه هي نظرة الفقه الإسلامي للفرد والجماعة، أما القوانين الوضعية فإنها كانت في أول أمرها تسودها الروح الفردية، وتنظر إلى الفرد باعتباره المصير الأهم في الحياة لا باعتباره جزءاً من كل هو الجماعة. فهذا القانون الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤ الذي جاء وليد الثورة الفرنسية كان هدفه الأول تحرير الأفراد عما كانوا ينوءون به من قيود في مختلف أنواع الحياة، وكان ذلك صدى لما جاءت به الثورة الفرنسية سنة ١٧٨٩ من أن للإنسان حقوقاً طبيعية لا يجوز المساس بها، ولو كان ذلك لصالح الغير، ولقد كان من نتائج ذلك أن أتى وقت اعتبرت فيه الحقوق مطلقة المدى، وأن صاحب الحق في استعماله سيد لا يسأل عما يترتب على هذا الاستعمال من الأضرار التي تلحق بغيره أيا كانت من الأضرار.

وفي القرن التاسع عشر حدثت تطورات اجتماعية واقتصادية أثرت في هذه الفكرة الأساسية في القوانين تأثيراً خرج بها من دائرة الفردية المطلقة إلى دائرة أخرى اجتماعية يجب أن تتجه جهود الفرد فيها لتحقيق مصالحه نحو تحقيق مصلحة الجماعة التي يعيش بينها. وكان لهذا مظهر أمام القضاء، فقد عرضت على القضاء الفرنسي حالات كان استعمال الحق فيها مسبباً لإضرار الغير. فحكمت المحاكم بإلزام صاحب الحق بتعويض هذا الغير عما أصابه من أضرار، وكانت هذه الأحكام أساساً لنظرية قانونية جديدة هي نظرية «سوء استعمال الحق».

وهذه النظرية وإن أثارت خلافاً وجدلاً بين الباحثين من القانونيين حينئذ إلا أن الإجماع الآن يكاد يكون منعقداً على الأخذ بها والتسليم بالنتائج التي تترتب على الأخذ بها من حيث تقييد الحقوق الفردية^(١).

وقد استعرض الأستاذ الدكتور السعيد مصطفى السعيد في رسالته بعض الأحكام المتعلقة بنظرية الفقه الإسلامي في تقييد الحقوق، والنظرية القانونية الحديثة ثم قال: «إن مجال النظرية الشرعية الإسلامية أوسع في التطبيق، وأثرها

(١) راجع هذا في مدى استعمال حقوق الزوجية وما تنقيد به في الشريعة والقانون المصري الحديث للأستاذ الدكتور السعيد مصطفى السعيد.



أبعد في تقييد الحقوق بما فيه محافظة على مصلحة الجماعة والأفراد، وأن هذه النظرية الناشئة لم تبلغ ما بلغته مثيلتها في الفقه الإسلامي منذ مئات السنين.

فهذه نظرية الفقه الإسلامي للفرد والجماعة، وتلك دعائمه وأساسه التي تقام عليها أحكامه، ومنها ترى أنه تشريع كامل صالح للتطبيق في أحدث الأزمنة وبين أرقى الشعوب.

المبحث الثانى

أنواع الأحكام الفقهية

تناول أحكام الفقه الإسلامى حياة الفرد والجماعة والدولة دينية كانت أم دنيوية، ولذا فإن الفقهاء قسموا الفقه إلى قسمين رئيسيين : عبادات وعادات.

الأول : عبادات : وهى ما كان الغرض الأول منها التقرب إلى الله، وقد ثبت بنصوص أمرة أو ناهية، ويجب اتباعها دون توقف على تعقل معانيها وتفهم مراميها أو البحث عن علل لها، وهذه ثابتة مستقرة لا تتأثر باختلاف البيئات أو تتابع الزمان، ومن أجل هذا بينها الرسول بسنته بأكمل بيان. وهذه كالصلاة والصوم والزكاة والحج، ونظام الأسرة من رواج وفرقة ونسب وميراث.

الثانى : عادات : وهى ما كانت لتنظيم علاقات الأفراد أو الجماعات أو لتحقيق مصلحة دنيوية، وهذه معقولة المعانى روعى فيها أعراف الناس ومصالحهم، وأنها تتغير بتغير الأزمان والبيئات، من أجل هذا جاءت أحكامها أصولا كلية وقواعد عامة مقرونة بعلمها حتى يفهم أن الحكم فيها يجب أن يكون مصاحبا لعلته، فإذا زالت العلة ارتفع الحكم وتبدل بآخر يتناسب مع تغير وجه المصلحة.

. وإذا كان الفقهاء فى العصور السابقة لم يعنوا بتقسيم الفقه وتبويبه العناية التى نلاحظها عند فقهاء القوانين الوضعية حديثا فما ذلك إلا لأن القضاء عندهم فى صدر الإسلام متحد يفصل القاضى فى كل نزاع يعرض عليه دون أن يكون هناك اختصاص نوعى، فإن الفقه تناول فى الواقع جميع النواحي التى تناولها القانون، سواء أكان ينظم علاقات الأمة الإسلامية بالأفراد الأجانب المقيمين بها أو المتعاملين مع أفرادها وهو ما يسمى بالقانون الدولى



الخاص^(١) أم كان ينظم علاقة الأمة الإسلامية بغيرها من الأمم مما يسمى بالقانون الدولي العام^(٢)، أم كان ينظم العلاقات الداخلية في الأمة عاما : كالدستوري والإداري والمالي والجنائي أم خاصا : كالمدني والتجاري وما يتعلق بذلك من نظم المرافعات .

أما قسم العبادات فهو لا مثيل له في القوانين الوضعية لأنها لا تبحث في علاقة العبد بالرب . أما الفقه الإسلامي فقد ضمنها الصلاة وما يسبقها من طهارة، والصوم، وهما من العبادات البدنية المحضة، كما ضمنها الزكاة وهي عبادة مالية محضة، والحج وهو عبادة بدنية مالية معا، وما كان الله في حاجة إلى شيء من هذه العبادات، وإنما شرعها لترويض النفس على الطاعة واحتمال المشاق والإحساس بشعور الغير والبذل والمساعدة . فوق ما فيها من الحث على النظافة والمحافظة على الوقت .

فالصلاة^(٣) تروحد بين المسلمين في أخوة صادقة هي عبوديتهم لله، وتكسب أجسامهم مرونة وحركة لأنها رياضة بدنية أيضا، فوق ما تستلزم من نظافة للبدن والثوب والمكان .

والصوم^(٤) فيه رياضة للنفس، وتزكية للروح، واعتياد للصبر والطاعة وإحساس للفنئ بحرمات المحروم، وهو يحرم الصائم من تحكم العادة فيه وأسرها له .

(١) القانون الدولي الخاص فرع من فروع الدراسات القانونية، ويبحث أساسا في النظام القانوني لحياة الأفراد وعلاقاتهم التي يكون فيها بالنسبة لدولة معينة عنصر أجنبي أو طرف خارجي، الدكتور أحمد مسلم في القانون الدولي الخاص ج ١ ص ٧ .

(٢) القانون الدولي العام : ويحتوي على القواعد والمبادئ التي تحكم التزامات الدول في علاقاتها المتبادلة، كما يبين القواعد الخاصة بالتنظيم الدولي . الدكتور محمد حافظ غانم مبادئ القانون الدولي العام ص ٢١ .

(٣) فرضت قبل الهجرة بمكة .

(٤) شرع في المدينة في السنة الثانية من الهجرة، واختير رمضان لأنه الذي أنزل فيه القرآن .

والزكاة^(١) حق معلوم فى مال الغنى ترضى به نفس السائل والمحروم، وتعمل على رفع مستواه، وتقتل من نفسه عامل الحقد والحسد، وتدفعه إلى البذل والتضامن، وتعمل من طريق غير مباشر على استثمار الاموال وعدم اكتنارها. وبالزكاة يرقى المجتمع، وتضول الفوارق بين الطبقات.

والحج^(٢) فيه بذل وتجرد من مظاهر الحياة بخلع المخيط، فلا يتميز الغنى من الفقير، وإنما الكل سواء فى مظهرهم. وفى الهرولة والسعى بين الصفا والمروة، والطواف حول الكعبة، كما أنه أكبر مؤتمر يجتمع فيه المسلمون ويتشاورون فى أمورهم، وفيه سوق تجارى عظيم لهم.

أحكام الأسرة: تناول الفقہ الإسلامى أمور الأسرة وما يتعلق بها بما يسمى الآن بالأحوال الشخصية، وهذه تركها القانون المدنى المصرى ليرجع فيها إلى كتب الفقہ الإسلامى التى نظمها أخيراً بقوانين مختارة من الفقہ الإسلامى كقانون ٧٧ لسنة ١٩٤٣ الخاص بأحكام الموارث، والقانون ٤٨ لسنة ١٩٤٦ والقانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الخاصين بأحكام الوقف. والقانون ٧١ لسنة ٤٦ الخاص بتنظيم الوصية، وكبعض القوانين المتعلقة بالزواج والطلاق وأثارهما مثل القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، والقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١، وقوانين الأحوال الشخصية المزمع إصدارها قريباً متضمناً كل أحكام الأسرة غير مفيد بمذهب معين أخذاً بما هو أيسر على الناس وأرق بمصالحهم وما تتحقق معه مصلحة الجماعة. فالفقہ الإسلامى والقوانين المختارة منه فى هذا بينت أحكام الزواج، وما يحل وما يحرم من الأبضاع، وما يجب من صداق ومتمعة وما يتبع ذلك من التزام بالنفقة والنسب ورعاية الأبناء وحضانتهم والولاية عليهم، كما

(١) وكانت فى مكة قبل الهجرة يقصد منها مطلق الإحسان والعطية، وكان تحديدها وتعيين التصديق عليه متروكاً لتقدير التصديق نفسه، أما فى المدينة وقد نشأت الأمة الإسلامية وأصبح الرسول رئيسهم السياسى ولابد لهم من نفقات، فشرعت الزكاة بين السنة الثامنة للهجرة والتاسعة وأخذت طابع الإلزام.

(٢) فرض آخر سنة تسع للهجرة ونقله الرسول عليه السلام فى أول فرصة وهى موعد الحج من السنة العاشرة قبل وفاته. ابن عابدين ج ٢ ص ١٥١.



واجه حالة عدم التوافق بين الزوجين واستحالة العشرة بينهما فشرع الطلاق مبينا أنه أبغض الحلال إلى الله كي لا يتمادى الناس في استعماله .

وعلى كل فمشروع القانون الجديد كان في بعض مراحله يتضمن تقييد الطلاق بأمر القاضي^(١) ومنع تعدد الزوجات إلا بأمر القاضي أيضا، وهذا ما نادينا به من قبل في جريدة الأهرام سنة ١٩٥٣ في عدة مقالات وكان موضع سجال وجدال .

هذا وقد بين الفقه الإسلامى أيضا ما يترتب على الانفصال من آثار للمحافظة على ما فى الأرحام، ومن حقوق كل منهما قبل الآخر، كما فصل القول فى الميراث والوصية وبين ما لكل من نصيب مفروض، ومدى سلطة المورث فى توجيه ماله بعد الوفاة على الوجه الذى يبتغيه سواء بوصية أو بوقف .

هذه هى أحكام الفقه الإسلامى بالنسبة للعبادات، وما فيه من ناحية تعبدية ظاهرة، وقد جاءت كل هذه الأحكام مفصلة مبينة^(٢) .

قسم المعاملات (أو العادات) : الواقع أن أحكام هذا القسم جاءت فى القرآن والسنة مجملة حتى يكون لاولى الأمر الحق فى تبديل الأحكام وتغييرها حسب ما يتفق مع مصالح الناس ويساير العصر والمكان، فالشريعة الإسلامية اكتفت فى قسم المعاملات بالإرشاد إلى أن المقصد إنما هو تحصيل المصالح وحفظ النظام والحقوق وترقية الحياة، ولذا فإن الأحكام لم تأت غالبا فى هذا القسم إلا بما يشبه القوانين الكلية تاركة التفاصيل إلى ما يتفق عليه أهل رأى حسب البيئة والزمان .

(١) غير أن المشروع كان قد نص فيما نعلم على أن الطلاق لا يقع بغير إذن القاضي، وهذا محل نظر فقهي . وباحبذا لو أخذ المشروع بما قلنا من أن الرجل إذا استعمل حقه فى الطلاق وطلق من تلقاء نفسه دون رجوع إلى القاضي وقع طلاقه وفرضت عليه عقوبة لإساءة استعمال الحق . يضع المشرع لها حدودا . راجع فى ذلك مدى حرية الزوجين فى الطلاق للدكتور عبد الرحمن الصابونى وهى الرسالة التى نال بها الدكتوراه وكنت مشرفا عليها .

(٢) العبادات : ليست موضع دراسة فى كليات الحقوق . أما ما ألحق بها كالأحوال الشخصية فإن الزواج والفرقة يدرسان فى السنة الثانية، والميراث والوصية والوقف فى السنة الثالثة .

وبالجملة فقد أحاطت أحكام الفقه الإسلامى بكل الأقسام فى القانونين العام والخارجى والداخلى، والخاص بنوعيهما أيضا^(١).

فمسائل القانون العام، ما يتعلق منه بمركز الدولة وكيانها وعلاقاتها بالدول الأخرى، وهو ما يقابله القانون الدولى العام تناوله كتاب الله فى سورتى الأنفال والتوبة، كما جاءت السنة بكثير من أحكامه، ولنا فى المعاهدات التى عقدها الرسول وما نص عليه فى عقود الصلح وما أثر عن الصحابة أصل ومرجع. وإذا كانت الأمم قد أجمعت على احترام المعاهدات والمواثيق والوفاء بها فإن للإسلام فى ذلك القدح المعلى بما ورد فى القرآن والسنة، يقول الله تعالى : ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ﴾ وقد جرت معاهدات كثيرة بين النبى وبين طوائف أخرى فمنهم من وفى بعهده، ومنهم من نقض فعوقب جزاء نقضه بعهده. فبنو قينقاع وبنو النضير وبنو قريظة كانوا من يهود المدينة وعاهدوا النبى على أنهم لا يكونون عليه ولا له. فكان بنو قينقاع أول من نقض العهد.

وهذا صلح الحديبية^(٢) وكان فى السنة السادسة للهجرة عندما دعا النبى أصحابه إلى العمرة وهم لا يريدون قتالا، فلما اقترب من مكة وتسامعت قريش بأمره فكروا فى طريق صده وحاولوا ذلك، وانتهى الأمر إلى أن أوفدوا رسلهم لمفاوضته، وتمت معاهدة صلح الحديبية متضمنة التهادن عشر سنوات وأن من أتى محمدا من قريش بغير إذن وليه رده عليهم، ومن جاء قريشا بمن مع محمد لم يردوه عليه، وأن يرجع المسلمون فى عامهم هذا عن مكة فلا يدخلوها، وأنه إذا كان عام قابل دخلها المسلمون وأقاموا بها ثلاثا وسيوفهم فى القرب ولا يدخلونها

(١) هذا القسم هو الذى تناولته القوانين الوضعية، وقسمه رجال القانون إلى قسمين رئيسيين : الأول القانون العام ويشمل الدولى العام، وهو مجموعة القواعد التى تنظم روابط الدول بعضها بعض فى جميع الحالات، ويشمل القانون الدستورى والإدارى والمالى والجنائى، وهى قوانين عامة تتعلق بالدولة ووجودها باعتبارها صاحبة السلطان. الثانى القانون الخاص : ويشمل أولا الدولى الخاص وهو يبحث فى الموطن والجنسية ومركز الأجانب وتنازع القوانين، ويشمل ثانيا فرع القانون المدنى وهو القانون الذى ينظم علاقات وتصرفات الأفراد والجماعة المالية، وقد انفصل عنه أخيرا القانون التجارى والبحرى، كما يشمل قانون المرافعات وهو مجموعة القواعد التى تنظم ما يجب اتخاذه من إجراءات لتطبيق أحكام القانون المدنى وما تفرع منه.

(٢) بئر قرب مكة أو شجرة جذباء كما فى القاموس.



بغيرها، ولما قبل الرسول ذلك وأمر عليا بكتابه اغتم الناس وغضب عمر، فقال الرسول : «أنا عبد الله ورسوله لن أخالف أمره ولن يضيعني»، فهدأت نفوس المسلمين.

وبعد فترة نقضت قريش العهد رغم أن ظاهره في صالحهم، فأمر الرسول بالعدة لحربهم، وسار حتى فتح مكة، ومن مزايا هذا الصلح ما يلي

١ - اعتراف قريش بأن المسلمين قوة مستقلة

٢ - هيات الهدنة للمسلمين نشر دينهم بلا معارضة نتيجة اختلاط المشركين بالمسلمين ووقوفهم على تعاليم الإسلام حتى بلغ عدد جند المسلمين عام فتح مكة عشرة آلاف مقاتل بينما كانوا عام صلح الحديبية أربعمئة ألفاً.

٣ - أسلم الكثير من أهل مكة، وكوبوا عصابة كانت تعتدى على قريش في غدوهم ورواحهم.

٤ - أظهرت شدة تعلق المسلمين بدينهم ورسول الله حيث لم يخرجوا عليه ولم يرددوا إلى مكة.

هذا ومن قواعد الإسلام أن المعاهدات لا تنقض بجنايات بعض الأفراد من الدولة المعاهدة، وإذا وادع المسلمون قوما من المشركين فإنه لا يحل لهم أن يأخذوا شيئاً من أموالهم إلا بطيب أنفسهم احتراماً للعهد، حتى قالوا^(١) : إن الأمان إذا كان من الإمام فيحرم أخذ شيء من ماله الذي في دار الحرب

وعلى كل فالفقهاء من قديم تناولوا علاقة الأمة الإسلامية بغيرها في الحرب والسلم وما يتج عنهما، وعنونوا لذلك بكتاب السير والمغازي، وقد برع محمد بن الحسن الشيباني الخنفي في هذا، وأخرج كتابيه السير الصغير والسير الكبير، مما جعل رجال هذا القانون يعتبرونه أبا لهم، وألفوا باسمه جمعية خاصة تبحث ما كتبه وقالوا عنه : «إنه خليق بأن يأخذ مكانه الحق بين رواد القانون الدولي

(١) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٢٣٨، وراجع في الموضوع آثار الحرب في الإسلام للدكتور وهبه مصطفى الزحيلي وهي الرسالة التي نال بها الدكتوراه وكنت مشرفاً عليها

العالمين^(١)، كما أخرج الاوزاعي كتابا في السير، ورد عليه وناقشه في وجهة نظره الإمام أبو يوسف الحنفي.

أما القانون الدستوري والإداري، فإن الفقهاء بحثوه تحت اسم السيادة الشرعية والأحكام السلطانية، أو ما يؤدي هذا المعنى، وقد أخرج بعضهم في ذلك كتابا خاصة^(٢).

وهذا القانون المالي فإن الفقهاء بحثوه أيضا ضمن أبحاثهم وكتاباتهم الفقهية: عن الزكاة والعشر والخراج والجزية، وعند بيان أحكام الكنوز والركاز، بل ومنهم من أفردوها بالبحث والكتابة^(٣)، فالناحية المالية والاقتصادية وضعت لها في الإسلام قواعد العدالة الاجتماعية، إذ بين مدى حرية الاستثمار والتملك، وقد سبقت الإشارة إلى ما كتبه الإمام على إلى الاشر النخعي أحد ولاته من قوله له: «تفقد أمر الخراج بما يصلح أهله، وليكن نظرك في عمارة الأرض أبلغ من نظرك في استجلاب الخراج، ومن طلب الخراج من غير عمارة أخرج البلاد. أهلك العباد» وقوله: «لا تروعن مسلما ولا تأخذ منه أكثر من حق الله في اله».

كما أشرنا إلى أن الإسلام كفل العيش للفقير العاجز عن الكسب، وجعل نفقته في بيت مال المسلمين إذ الدولة كفيفة بأن توجد للعجزة ما يسد حاجتهم، فكما أن الدولة ترث من لا وريث له، فكان من العدالة أن تكون نفقة العجزة المعوزين في بيت مال المسلمين.

(١) من نشرة سكرتارية هذه الجمعية للمعاهد التعليمية في العالم.

(٢) مثل ابن تيمية الفقيه الحنبلي فقد أخرج السياسة الشرعية في إصلاح الراعي والرعية، وأبى الحسين البصري الشافعي المعروف بالماوردي صاحب الأحكام السلطانية وغيرهم من الفوا في هذا الموضوع.

وقد كان الكلام عن الخلافة أو رئاسة الدولة من مباحث الفقهاء، إلا أنه لما اتسع فيه الكلام، وأصبح الحديث فيه يتعلق بالعقيدة صار يدرس ويبحث في علم الكلام، وقد صنف فيه أبو حنيفة كتابه الفقه الأكبر، كما صنف ابن قتيبة كتابه الإمامة والسياسة.

(٣) ومن هذا كتاب الأموال لأبى عبيد القاسم بن سلام، والخراج لأبى يوسف، والخراج ليحيى بن آدم القرشي.

ولذا فإن العدالة الاجتماعية في نظر الإسلام في واقع الأمر مساواة إنسانية ينظر فيها إلى تعادل جميع القيم الاقتصادية البحتة وهي على وجه الدقة تكافؤ في الفرص وترك المواهب بعد ذلك تعمل في الحدود التي لا تتعارض مع الأهداف العليا^(١) وهذه مفضرة للإسلام يزهو بها على جميع النظم الاجتماعية الحديثة.

الناحية الجنائية : تناولت الشريعة الإسلامية ما تناوله القانون الجنائي وجعلت الجناية لا يتحمل مسئوليتها غير الجاني، وهدمت النظام الذي كان مستبعا عند الجاهلية، وجعلوا لذلك أبوابا خاصة. فباب الجنایات والحدود والعزیرات، وتكلموا عن الجريمة والعقوبة، والجرائم التي عقوبتها محدودة والجرائم التي تركت فيها العقوبة للقاضي حسب القوانين التي يضعها الوالي، وتناول العفو عن الجريمة وأثره في سقوط حق المجنى عليه وحق العامة، وفي سقوط العقوبة.

والواقع أن الشريعة الإسلامية لا تشترط في المسئولية الجنائية النص على الجريمة أو العقاب، وليس من المعقول أن يكون التشريع الذي جاء للمخلود أن ينص على جرائم وعقوبات بأعينها ثم يقول : «لا جريمة إلا بنص ولا عقوبة إلا بنص» وقد توسع علماء الشريعة في هذا الباب ومكنوا الحاكم من اتخاذ كل ما يراه مقوما للنظام مصلحا للمجتمع. ويشير إلى ذلك قول عمر بن عبد العزيز «تحدث للناس أفضية بقدر ما يحدثون من فجور».

والقرآن إنما عرض لجرائم مخصوصة لها أثر سيئ في النظام العام، وفرض لها عقوبات مبنية وهي الجرائم التي ترجع إلى جناية على النفس والمال والعرض والنسب والعقل والدين والنظام العام^(٢).

القانون الخاص : وحظ القانون الخاص عند الفقهاء كان أوفر وأوفى وخاصة فيما يقابل القانون المدني وما تفرع منه، وقانون المرافعات، فقد تناولوا معاملات الناس وصلاتهم المالية، أبانوا الحقوق والأموال وطرق تملكها وما يتعلق بها من

(١) راجع العدالة الاجتماعية للأستاذ سيد قطب، والإسلام والشريعة للاستاذ عبد المنعم النمر.

(٢) من بحث للأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت في المسئولية الجنائية والذي سبقت الإشارة إليه.

التزامات، وتناولوا الشخص من ناحية أهليته وولايته وما يعرض لهذه الأهلية والولاية، كما عتوا بالشركات وشروط تكوينها وأحكامها، بل افردوا لها أبوابا خاصة. فباب الشركات والمضاربة والقروض، وتكلموا عن المدين المعسر والمدين المفلس.

هذا وقد تناول الفقه الإسلامى التضمن، وهو ما يقابل فى الاصطلاح القانونى بالمسئولية المدنية، وجعل التعويض قسمين : تعويضا منصوصا عليه كالديات وأروش الجراحات، وتعويضا غير منصوص عليه وهو ما يقدره الحاكم بنفسه أو بواسطة نوابه من أهل الخبرة. كقيم التلفات المالية أو البدنية التى ليس للشرع فيها تقدير، ويسمى «حكومة العدل» وقد نفى المسئولية حيث لا ضرر ولا إخلال بحق الغير^(١).

(١) والضرر الذى يترتب عليه التضمن منه ما يهيب الإنسان فى نفسه أو ماله أو شرفه وسمعته، كإتلاف عضو أو مال وكالغذف والإعراض من خطبة الزوجة دون سبب ظاهر. وأسباب التضمن فى الفقه الإسلامى:

- أ - مخالفة العقد أو الشرط، فإذا ظهر محل العقد معيا أو مستحقا تحقق الضمان.
 - ب - الاستيلاء القهرى - أى القصب - والتضمن يتحقق هنا بمجرد تقبضه يد المالك، وقيل بل بإثبات يد القاهر.
 - ج - مباشرة الإتلاف ومنه خطأ الطبيب إذا تجاوز المعتاد، ومنه تجاوز ناظر الوقف والوكيل والرعى حدود سلطته بما يسوغ له أن يفعله.
 - د - التسبب فى الإتلاف، ولا بد فى الضمان بالتسبب من وجود التعدى وتحقيق السببية ولو غالبا ولا يقطع سببية الفعل للضرر قاطع أجنبى عن الفاعل.
- والتسبب قد يكون إيجابيا كحفر البئر فى أرض الغير دون إذن فيقع فيه إنسان، أو وقف الدابة فى الطريق فتطأ شخصا، أو وضع أحجار فى الطريق العام فيصطدم بها أحد المارة، ومنه ما جاء فى التارخانية باسم الصيحة المفاجئة بأن يصبح على آخر فجأة فيموت منها فإن الدية تجب على الصائح، وكذا من غير صوته وصورته وخوف آخر فجأة أو مات فإنه يضمن، ومنه ما يسمى بفتح باب الضياع كمن يفتح القفص للطير فيطير، أو باب الخطيرة فتخرج دابة أو باب السجن فيهرب السجين، بشرط أن لا يطأ عليه ما يقطع التسبب كما يأتى آخر فيهيح الطير أو الدواب بعد فتح الباب إذ يصير الضمان على المباشر كما فى الأشياء.
- وقد يكون التسبب سلبيا ويسمى بالمسئولية الناشئة عن التقصير فيما يجب، وقاعدته أن الإنسان إذا قصر فى القيام بما يجب عليه بالشرع أو بالعقد تلتفت نفس أو مال وجب عليه الضمان. فلو كان صبي فى حضنة أمه فخرجت وتركته فوقع فى النار تضمن الأم. بل جاء فى حاشية الدرورى «ويضمن من ترك تخليص مستهلك من نفس أو مال قدر على تخليصه بقدرته أو جهاه أو ماله».

ويدخل فى هذا مسئوليات أجبر النقل والرعى والحراسة إذا قصروا. وبهذا يقرر الفقه الإسلامى حق الإنسان على الإنسان وإن لم يكن بينهما التزام خاص - - راجع تفصيل ذلك فى بحث للاستاذ المرحوم الشيخ شلتوت فى المسئولية الجنائية الذى قدمه للمؤتمر لاهائى.



كما تناول الفقه الإسلامى المسئولية عن فعل الغير ما دام فى رعايته وتحت يده، وذلك يشمل الحيوانات والجمادات وغيرها. كأن يكون الفاعل ممن نصب لمصلحة الناس فتصرف بمقتضى قوانينه، وترتب على تصرفه تلف، أو يكون الفاعل باشر الفعل بأمر الغير الذى أفهمه أنه يملك ذلك ثم تبين غير ذلك، أو يكون ذلك الإلتلاف نتيجة إكراه.

قانون المرافعات : هذا وقد أفرد الفقهاء للقضاء والدعوى والشهادة أبواباً خاصة يبنوا فيها نظام التقاضى والحدود التى لا يتعداها القاضى ولا المتقاضى، ونظموا الإجراءات القضائية ووضعوا قواعد الدعاوى^(١) وبينوا الشهادة وما يشترط فى الشهود وفى سماع شهادتهم والحصر على أداء الشهادة وما يترتب على الرجوع عن الشهادة إلى غير ذلك مما يتعلق بالدعوى والأحكام المتعلقة بتحقيق العدالة بين الناس.

أما الأحكام التى تخضع لها معاملات المسلمين مع غيرهم من الذميين والمستأمنين والحريين^(٢) فقد تكلم عنها الفقهاء وجعلوا للذميين مالنا، وعليهم ما علينا^(٣) إلا فى أمور دينهم فقد أمرنا أن نتركهم وما يدينون، وهكذا فى الغالب المستأمن^(٤)، أما الحربى فقد عرف الفقهاء قاعدة المعاملة بالمثل. وعلى كل ففى

(١) الدعوى : هى إمكان الالتجاء إلى السلطة القضائية لتقرير حق منكر أو رد حق مقتصب، ومن العلماء من يقول إنها الحق نفسه يبقى ساكناً فإذا أنكر والتجأ صاحبه إلى القضاء سعى دعوى. وفى العناية على الفتح ج٦ ص ٢٧ : «الدعوى فى عرف الفقهاء هى مطالبة حق فى مجلس من له الخلاص عند ثبوته، أو هى قول مقبول عند القاضى يقصد به طلب حق قبل غيره أو دفعه عن حق نفسه» والمدهى من إذا ترك ترك إذا لا يجبر على الدعوى.

(٢) الذميون : من أقاموا بيننا والتزموا بأحكامنا وكانت إقامتهم مؤبدة معنا - المستأمن هو الذى يدخل فى بلادنا بأمان مؤقت أى تحدد له مدة الإقامة ويعطى له العهد من أولى الأمر - الحربى هو من بيننا وبين بلده حرب وعداء ولم تكن بيننا وبينهم معاهدات أمن وصداقة.

(٣) راجع القرطبى ج٦ ص ١٨٤ عند تفسير قوله تعالى : «فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم» ومقابلتها بقوله تعالى «وأن احكم بينهم بما أنزل الله».

(٤) راجع المغنى لابن قدامة ج٨ ص ٤٠٠، ٥٣٥ والبدائع للكاسانى ج٧ ص ١١٣ وابن عابدين ج٤ ص ٢٥٦.

مختلف أبواب الفقه والسیر منها خاصة بیان القواعد العامة التي تنظم علاقة المسلم بأحد هؤلاء أو علاقتهم عندنا بعضهم ببعض، سواء أكان ذلك في المال أو النفس^(١).

أحكام الفقه الإسلامی أساساً كلها الطبیعی ، من أجل هذا فإن الفقهاء قد انعقد إجماعهم رغم اختلاف مذاهبهم على أن للشریعة الإسلامیة حکماً في كل فعل يصدر من الإنسان . وهذه الأحكام بعضها يبتها نصوص القرآن والسنة لحوادث وخصومات اقتضت بیان أحكامها حين وقوعها، وبعضها لم يبينه تلك النصوص، وإنما أقيمت عليه دلائل لتظهر أحكامه وتبينها حين الحاجة فيهدى بها أهل الذكر من العلماء، ويسترشدوا بها لتعرف حکم كل ما يقع ويحدث، وبذا لا نجد فرقا في الإسلام بين أمور الدين وغيرها من الأمور القانونيية أو السياسيية أو الاجتماعيية، واشتملت أحكامه جميع النواحي ما يخص المسلم منها وما يخص غيره من أهل العهد والذمة^(٢).

وهكذا فقد البس الدين كل شيء من أمور المسلمين ثوب التشريع، وأخذت الأجيال المتعاقبة في تنمية هذا التشريع، كما تطور في الأزمنة المتتاليية والامكنة المتباينة حتى وصل إلى بناء عظيم ضخم يعتمد على أسس قوية صالحة لتحمل كل جديد.

فأصبح بحمد الله تشريعاً منظماً للعلاقات الإنسانية تنظيمياً دقيقاً، وأصبحت قوانينه كلها فقهاً أساسه الدين، والتطلع إلى ما أمر به الله أو نهى عنه^(٣).

(١) راجع تفصيل ذلك في «أحكام الدمين في دار الإسلام» للدكتور عبد الكريم زيدان . وهي الرسالة التي نال بها الدكتوراه وكنت مشرفاً عليها.

(٢) راجع تفصيل تكليف غير المسلم بفروع الشريعة وعدمه في مسلم الثبوت بهامش المستصفى جـ ١ ص ١٢٨ ، وراجع لنا مباحث الحكم عند الأصوليين.

(٣) انظر في هذا المعنى الدكتور على حسن عبد القادر : نظرة عامة في تاريخ الفقه الإسلامی .



وكان طبيعياً أيضاً أن يعد الأصوليون علم الفقه من العلوم الدينية^(١) وأن ينظروا إلى أحكامه بشيء من القداسة لأنها في مظهرها إنما تعبر عن إرادة الله رغم ما في الفقه من أحكام كثيرة مصدرها الاجتهاد والرأي، ورغم ما فيه من اعتبار للمصالح المرسلة، وأعراف الناس فيما لم يرد فيه حكم نص عليه الدستور الإسلامى مما قد يتغير معه الحكم في المسألة وتختلف الفتوى، ورغم ما هو واضح من أن علم الفقه طريق معرفته هو الاستنباط والتأمل والفهم. والمجتهدون متفاوت مداركهم^(٢) فبعضهم يصيب الحق، والبعض يخطئ^(٣).

والفقه الإسلامى بمصادره المرنه وضع لكل ناحية في حياة البشر وتصرفاتهم أصلاً يتبع وقاعدة يقاس عليها، لذا سائر الزمان وصلح لكل مكان، وبذا يكون القرآن كتاب عقيدة وشرعية معاً، وهذه كما يقول الفيلسوف ابن رشد: معجزة القرآن الكبرى.

(١) يقول الخزالي في المستصفى ج ١ ص ٥ : «العلوم تنقسم إلى عقلية كالطب والحساب والهندسة، وإلى دينية كالكلام والفقه وأصوله... وكل واحد من العقلية والدينية ينقسم إلى كلية وجزئية. فالعلم الكلى من العلوم الدينية هو علم الكلام، وسائر العلوم من الفقه وأصوله والحديث والتفسير علوم جزئية».

(٢) يقول ابن القيم في إعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٦٤ «الفقه أخص من الفهم لأن الفقه فهم مراد التكلم من كلامه، وهو قدر والد عن مجرد فهم وضع اللفظ في اللغة. ويتفاوت الناس في الفهم بتفاوت مراتبهم في الفقه».

(٣) وجمهور الفقهاء والأصوليين عدا الشاطبي يرون أن الحقوق منها ما هو حق خالص لله ومنها ما هو حق خالص للعبد، ومنها ما هو مشترك واحد الحقين غالب. لكن الشاطبي يحدثنا في موافقاته ج ٢ ص ٢٢١ فيقول : «إن كل حكم من أحكام الفقه الإسلامى لا يخلو من حق الله وهو جهة التمسك، وحق العبد عاجلاً أو آجلاً لأن الشريعة وضعت لصالح العباد، فالحق أن كل حكم من أحكامه يقوم على معنى الروحى، وعلى المعنى القانونى النافع للإنسانية. فالعبادات وإن شرعت إيفاء لحق الله على عباده فإنها تعود على صاحبها والمجتمع بالتهذيب وغرس الفضائل، وفي أداء العقود المشروعة المستوفاة لأركانها وشروطها امتثال لأوامر الشرع، والعقد الباطل نهى الشارع عنه، ففي الإقدام انتهاك لمحارم الله، ومخالفة لأوامره، وهذه معصية استحق مرتكبها العقوبة في الدنيا والآخرة، ورغم ذلك فلا يترتب عليه الحكم الذى جعله الشارع. فوق أن حق العبد واضح في العقود».

الفصل الثاني

الأدوار الثلاث من بحا الفقه الإسلامى

المبحث الأول

الفقه فى عصر الرسول

بدأ الإسلام دعوته بالحث على التعليم : حمل الرسالة محمد بن عبد الله^(١) النبى الامى^(٢).

وكان أول ما نزل به الوحي على محمد عليه السلام، دعوة الله له إلى العلم والقراءة والفهم يقول الله^(٣) : ﴿اقرأ باسم ربك الذى خلق * خلق الإنسان من علق * اقرأ وربك الأكرم * الذى علم بالقلم * علم الإنسان ما لم يعلم﴾ وفهم الرسول من هذا أن الدعوة التى سيقوم بتبليغها أساسها العلم والتعقل، فحارب الجهل وهو الامى فى أمة تسودها الأمية، وفرض التعليم على كل مسلم فقال : «فضل العلم خير من فضل العباد» وتوعد المتعلمين الذين لا يعملون على نشر العلم، أو الجاهلين الذين لا يسمعون لاقتباس

(١) ولد صباح اليوم الثانى عشر من ربيع الاول او صباح اليوم التاسع عشر عام الفيل (٢٠/٤/٥٧١م).

(٢) كان الرسول اميا بمعنى أنه لا يقرأ ولا يكتب على ما حققه الباحثون وذهب إليه جمهور العلماء وأهل السنة خاصة، فقد كان يجعل غيره من الصحابة يكتب له وهو يتلو عليه. لكن الشيعة يرون أن المراد بالامى ما يقابل أهل الكتاب الذين يحوزون الكتب المقدسة ويعرفونها. فالمراد أن الرسول لم يكن له علم بهذه الكتب المقدسة «وقال الذين كفروا إن هذا إلا إفك افتراه وأعانه عليه قوم آخرون فقد جاءوا ظلماً وزوراً * وقالوا أساطير الأولين اكتتبها فهي تملى عليه بكرة وأصيلاً». «ولقد نعلم أنهم يقولون إنما يعلمه بشر لسان الذى يلحدون إليه أعجمى وهذا لسان عربى مبين». «وما كنت تتلو من قبله من كتاب ولا تخطه يمينك إذا لارتاب المبطلون». راجع نظرة عامة فى تاريخ الفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور على حسن عبد القادر.

(٣) سورة العلق جـ ٣٠.



العلم^(١)، بل لما وقع فى يد المسلمين بعض الأسرى من القراء والكتاب جعل فداء كل منهم أن يعلم عشرة من المسلمين القراءة والكتابة، وفضل هذا عن افتدائهم بالمال رغم شدة حاجتهم إليه وخصوصاً وهم فى بدء التكوين، لأن طبيعة الدعوة أنها لا تعيش فى عقول مظلمة، يقول الله تعالى : ﴿كتاب أنزلناه إليك لتخرج الناس من الظلمات إلى النور﴾^(٢).

التشريع بين مكة والمدينة فى هذا المصو : استمرت فترة التشريع اثنتين وعشرين سنة وعدة شهور، وهى من الناحية التشريعية تتميز بين فترتين :

(١) قبل الهجرة حيث بدأت بمكة سرا بدعوة فردية توجه الناس إلى عقيدة التوحيد، وتوجه أبصارهم نحو الكون والخلق الكريم وبعد ثلاث سنوات أمر بأن يجهر بالدعوة ﴿فاصدع بما تؤمر وأعرض عن المشركين﴾.

واستمر التشريع على هذا النحو ثلاث عشرة سنة، كان جلها جهادا فى هذه النواحي، ولم يشرع فيها من الأحكام إلا القليل، وما نزل من القرآن بمكة أقل من الثلاثين بقليل.

وبدأت الفترة الثانية حينما أذن الله لرسوله والمؤمنين معه بالهجرة من مكة، فهاجر إلى المدينة الموطن الثانى للدعوة الإسلامية^(٣).

(١) راجع الترغيب والترهيب للمنذرى ج ١ ص ٦٠ ، وفى كتب الحديث فصل للبحث على التعليم وأن الرسول قال فى خطبة له : «ما بال أقوام لا يفقهون جيرانهم، ولا يعلمونهم ولا يعظونهم ولا يأمرهم ولا ينهونهم، وما بال أقوام لا يتعلمون من جيرانهم ولا يفقهون ولا يعظونهم، والله ليعلمن قوم جيرانهم ويفقهونهم ويعظونهم ويأمرهم وينهونهم، وليتعلمن قوم من جيرانهم ويفقهونهم ويعظونهم. أو لا عاجلهم العقوبة...»

(٢) أول سورة إبراهيم ج ١٣.

(٣) ومعه صاحبه أبو بكر وعامر بن فهيرة مولى أبي بكر وعبد الله بن أرقم، وخلف على بن أبى طالب على ودائع كانت عنده للناس حتى أداها ثم لحق بهم. راجع المعارف لابن قتيبة ص ٦٦.

وهناك بدأت تتكون مواءمة الدولة الإسلامية، وأصبح لها كيان دولي، وظهرت حاجتها إلى الأحكام العملية وتنظيم الجماعة - حيث إن الرسول لم يدخل المدينة بتشريع وقوانين كما أن المدينة لم تكن قبل هجرته خاضعة لنظم وقوانين قائمة - فاتجه التشريع إلى الناحية الفقهية، وأخذت آيات الأحكام تنزل على الرسول الواحدة تلو الأخرى إما إجابة عن سؤال^(١)، وإما أن ترد آيات الأحكام بيانا لاستفتاء، وهذه لم ترد في القرآن إلا في آيتين^(٢) وقد تنزل آيات الأحكام من غير سؤال أو استفتاء وإنما لبيان الحاجة أو لإظهار حكم^(٣)

وهكذا استمر التشريع حتى اكتمل فنزل قوله تعالى ﴿اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً﴾^(٤)، وقد كان ذلك قبل وفاة الرسول بثلاثة أشهر، وكانت هي آخر آية من آيات الأحكام. وقد كانت هذه الفترة هي فترة التقنين الفقهي ومدتها عشر سنوات. وما نزل بالمدينة بالنسبة لمجموع القرآن يقدر بالثلث أو يزيد عنه قليلا

وقد كان الفقه في هذا الدور واقعياً عملياً، وكانت كلمة (فقه) تطلق على كل ما يفهم من نصوص الكتاب والسنة سواء من أمور العقيدة أو الأخلاق أو المسائل العملية، وكان الفقهاء يسمون بالقراء، وكان القراء يحفظون الآيات مع أحكامها، يقول ابن مسعود كان الرجل منا إذا تعلم عشر آيات لم يجاوزهن حتى يعرف معانيهن والعمل بهن.

(١) والآيات التي جاءت إجابة عن سؤال في القرآن خمس عشرة آية قيل إن منها ثمانى آيات من آيات الأحكام «يستلونك من الحمى»، «يستلونك ماذا ينفقون»، «يستلونك عن اليتامى»، «يستلونك عن الأقوال»، «يستلونك ماذا أحل لهم»، «يستلونك ماذا ينفقون قل ما أنفقتم»، «يستلونك من الشهر الحرام»، «يستلونك من الحيض» وأرى أن آية «يستلونك عن الأمانة» تعتبر من آيات الأحكام

(٢) هما «يستنونك في النساء قل الله يفتيكهن فيهن» سورة النساء «يستنونك قل الله يفتيكهن في الكلاله إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخ أو أخت فلهما نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد» سورة النساء والكلالة هي أن يموت الشخص وليس له والد ولا ولد

(٣) «حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به» سورة المائدة «وأحل الله البيع وحرم الربا» سورة البقرة، «يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين» سورة النساء

(٤) سورة المائدة الآية ٣ ج ٦



وكان الرسول بما يوحى إليه^(١) من ربه مصدر التشريع فى هذا العهد، وكان الإفتاء والقضاء منحصرًا فيه، أو من ينبيه عنه فى الأماكن النائية أو فى حضرته للتمرين على القضاء.

كما أن التشريع الإسلامى وضع جميع قواعده وأصوله واكتملت مصادره الأصلية الموحى بها فى هذا العصر.

مصدر التشريع ~~هو محمد الرسول~~ ، كان التشريع كله يوحى^(٢) به للرسول إما بلفظه ومعناه وهو القرآن. وغالبًا ما نحمد القرآن يقتصر على إيراد القواعد العامة والأحكام المجملّة ثم تكون مهمة الرسول بعد ذلك التفصيل والتبيين «وأنزلنا إليك الذكر لتبين للناس ما نزل إليهم»^(٣).

فهذه الصلاة والزكاة قد فرضها الله تعالى. فما هى الصلاة وما المطلوب فى الزكاة، هل لذلك وقت معين ونصاب محدد، وعلى أى وضع؟ فبين الرسول كل هذا بالسنة. فعلمنا كيف تكون الصلاة ومتى تحب. وبين لنا وقتها وعدد ركعاتها،

(١) جاء فى شرح المنار لابن ملك : «الوحى نوعان : ظاهر وباطن، فالظاهر ثلاثة أنواع. الأول ما ثبت بلسان الملك فوقع فى سمع الرسول بعد علمه بآية قاطعة أنه هو الملك نازل بالوحى من الله، والقرآن من هذا القبيل يقول الله تعالى : «قل نزل به روح القدس من ربك بالحق» الثانى ما ثبت عنده عليه السلام بإشارة الملك من غير بيان بالكلام وإلى هذا النوع أشار الرسول بقوله : «إإن روح القدس نفث فى روعى أن نفسا لن تموت دون أن تستكمل رزقها فاتقوا الله وأجملوا فى الطلب». الثالث ما ظهر وتبدى لقلبه عليه السلام بلا شبهة بإلهام من الله بأن أراه بنور من عنده، أى بسبب نور فى قلبه من عند الله «لتحكم بين الناس بما أراك الله».

والباطن من الوحى «ما ينال بالاجتهاد والتأمل فى الأحكام المنصوصة فسمى الاجتهاد منه عليه السلام وحيا باعتبار أن الله يقره عليه ما دام موافقا للحق، والأشعرية وأكثر المعتزلة والمتكلمين يابون على الرسول الاجتهاد، وعندنا هو مأمور بالانتظار فيما لم يوحى إليه فيه ثم يعمل الرأى بعد فوات مدة الانتظار وهى مقدرة بخوف فوات الغرض، ولا فرق بين الاجتهاد فى أمر الحرب وبينه فى حوادث الأحكام بعد انقضاء مدة الانتظار إلا أنه عليه السلام معصوم من القرار على الخطأ، واجتهاد النبى كالإلهام وهو القذف فى القلب من غير نظر أو استدلال» منقول باختصار من ص ٧٢٨ إلى ٧٣٢ من المرجع المذكور.

(٢) نظرة عامة فى الفقه الإسلامى.

(٣) سورة النحل الآية ٤٤ ج ١٤.

كما بين لنا المقدار الذى تجب فيه الزكاة فى كل نوع من الاموال، والمقدار الواجب إخراجه فى كل منها، إلى غير ذلك مما يتعلق بأحكام القرآن المجملة غير المفصلة.

ولما أن يرد الوحي بالمعنى فقط، ويصوغه الرسول بلفظ من عنده، فهذا وما يصدر من الرسول بياناً للعام وتفصيلاً للمجمل يطلق عليه السنة، وكله من عند الله إذ الرسول فى هذا لا ينطق عن الهوى، ولذا كان التشريع فى عصر الرسول مصدره الوحي حتى فيما أيد فيه المتعارف، إذ العرف فيها لا يعتبر هو المصدر التشريعى، وإنما مصدرها الوحي الذى أقرها وجاء بها^(١).

هل كان للرسول أن يجتهد ويشرع، الفقهاء وإن كانوا قد تناولوا هذا الموضوع من زمن بعيد بالبحث وقد كثر كلامهم فيه^(٢) مما لا تتسع له دراستنا، إلا أنه بالاستقراء يمكن القول بأن الرسول ﷺ اجتهد وأفتى برأيه الشخصى من غير إحياء، وخاصة فى الأمور التى لا تتعلق بالحل والحرم من غير الأحكام الفقهية، لأنه بشر له عقل ناضج وفكر سليم. وقد يخطئ فى اجتهاده هذا وقد يصيب. والأمثلة على ذلك كثيرة نسرد لك بعضها، مما لم يقره عليها الشارع.

١ - فهذه غزوة بدر. وقد وقع فى أيدي المسلمين بعض الأسرى، ولم يكن قد جاء وحى فى حكمهم. فسأل الرسول أصحابه الراى فيهم^(٣) فقال أبو بكر: «قومك وأهلك استبقهم، لعل الله يتوب عليهم» وخذ منهم فدية تقوى بها أصحابك» وقال عمر: «كذبوك وأخرجوك من بيتك فقومهم»، واضرب أعناقهم، هؤلاء أئمة الكفر، والله أغناك عن الفداء» فأخذ الرسول برأى أبى بكر، فنزل

(١) راجع للدكتور على حسن عبد القادر «نظرة عامة فى تاريخ الفقه الإسلامى» الطبعة الثانية.

(٢) راجع كتب أصول الفقه، وكتاب الروض النضير ص ١٨٦، والرسالة التى قدمها نفييلة الأستاذ الشيخ عبد الجليل عيسى لنيل عضوية جماعة كبار العلماء فى «اجتهاد الرسول» طبعت سنة ١٩٥٠.

(٣) مسند الإمام أحمد بن حنبل ج ١٠ ص ٢٤٤ طبع دار المعارف.



الروحى يناقضه فيما ذهب إليه، ويبين له وجه الصواب : ﴿ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن^(١) فى الأرض تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة والله عزيز حكيم * لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم﴾^(٢).

٢ - وهذه غزوة تبوك وقد أراد بعض المنافقين التخلف عن صفوف القتال وتعللوا بأعذار. فأذن لهم الرسول ﷺ دون أن يتبين صدقهم، فصاتبه الله على تعجله بالإذن لهم لأن الله أعلم بحقيقتهم، وبالذين كانوا يتخلفون سواء أذن لهم أم لا - ويعلم الصادقين من الكاذبين فجاء الروحى ﴿لو كان عرضاً قريباً وسفراً قاصداً لا تبصوك ولكن بعدت عليهم الشقة^(٣) وسيحلفون بالله لو استطعنا لخرجنا معكم يهلكون أنفسهم والله يعلم إنهم لكاذبون * صفا الله هنك لم أذنك لهم حتى يتبين لك الذين صدقوا وتعلم الكاذبين﴾ الآيات^(٤).

٣ - وهذه خولة بنت ثعلبة وقد قال لها أوس بن الصامت : أنت على كظهر أمى، فشكت إلى الرسول ذلك فقال لها : «حرمت عليه» فقالت : أشكو إلى الله فاقضى وحزنى، فسمع لها الله ونزل قوله تعالى ﴿قد سمع الله قول التى تمجدك فى زوجها﴾ وبين أن الظهار ليس طلاقاً وإنما تحجب فيه كفارة تحرير رقبة أو صوم شهرين متتابعين أو إطعام ستين مسكيناً.

واجتهاد الرسول فى الأحكام التى لم يوح بها محل اختلاف بين رجال الفكر الإسلامى^(٥) ففريق يرى أن الرسول لا يجوز له أن يجتهد فيما لم يوح به

(١) الإثخان : كثرة القتل.

(٢) سورة الأنفال الآية ٦٧، ٦٨ جـ ١٠.

(٣) عرضاً : أى مغتما سهل المأخذ، وقاصداً : أى وسطاً قريباً. والشقة هى المسافة.

(٤) سورة التوبة ٤٢، ٤٣ جـ ١٠.

(٥) وهم الأشعرية وكثير من المعتزلة والمتكلمين : والأشعرية نسبة إلى أبى الحسن الأشعرى المولود بالبصرة سنة ٢٧٠ هـ وقد كان من المعتزلة ، أخذ المذهب عن أبى على الجبائى شيخ المعتزلة، وأصبح لسان المعتزلة أكثر من ثلاثين عاماً، ولما تبين له فساد مذهب المعتزلة تخلى عن الجبائى.

من الأحكام العملية المتعلقة بالحل والحرم، وأجاز آخرون^(١) أن يجتهد الرسول في مثل هذه الأحكام الشرعية التي لم يرد فيها وحى، والراجع عند الفقهاء أنه يجوز للرسول أن يجتهد فيما لم يرد فيه وحى في الحروب وفي الأحكام الشرعية، وعلى هذا فالرسول عليه السلام معصوم من الإقرار على الخطأ^(٢) لأنه لو أخطأ ناقضه الوحي وبين له وجه الصواب وإن أصاب أقره الوحي.

بل يروى لنا التاريخ الإسلامي أن بعض الصحابة اجتهد في عهد الرسول عليه السلام وقضى باجتهاده في بعض الخصومات أو في أمور الحرب، وعلى كل فليس في هذا ما يدل على أن لأحد غير الرسول بالإحياء سلطة تشريعية في هذا

= ومال إلى مذهب أهل السنة، ورد على المعتزلة وبين فساد مذهبهم، ومن أنصاره الإمام الغزالي والإمام الرازي. راجع رسالة التوحيد للإمام الشيخ محمد عبده.

المعتزلة: وهم أتباع وأصل بن عطاء الذي تلمذ على شيخه الحسن البصري، لكن اعتزله لما قالت الخوارج بتكفير مرتكب الكبائر، وقالت الجماعة إنهم مؤمنون وإن فسقوا بالكبائر فخرج وأصل عن الفريقين وقال إن الفاسق من هذه الأمة لا مؤمن ولا كافر ومنزله وسط فغضب منه الحسن فاعتزل مجلسه وكان من مبدئهم وجود الكسب الاختياري، وقد كان المعتزلة أجرا الفرق على تحليل أعمال الصحابة ونقدهم، مات شيخهم وأصل سنة ١٨١ هـ راجع فجر الإسلام من ص ٢٩٧، وراجع الوسيط في الأدب العربي ص ٢٣٩، فضحى الإسلام ج ٣ من ص ٢١ إلى ص ٢٠٧، وراجع نشأة الفكر الفلسفي في الإسلام للشارح ص ٦٦.

والمتكلمون نسبة إلى علم الكلام، وسمى بعلم الكلام لأن أشهر مسائله التي وقع فيها الخلاف بين علماء القرون الأولى هي أن كلام الله المثلر حادث أم قديم، راجع رسالة التوحيد للإمام محمد عبده ص ١١٥، والمسامرة شرح المسامرة للكمال بن الهمام ص ١٩. (١) وهم علماء الحديث وعلماء الأصول، وهو ما روى عن أبي يوسف من الاحتفاف، وقد أجازوه الشافعي دون قطع بحصوله.

(٢) راجع للأمدى الأحكام ج ٤ ص ٢٢٢ وحاشية الرهاوي على المنار ص ٧٢٩ وكتاب أصول الفقه للمرحوم الشيخ الحفصري ص ٤٤٦ وما بعدها، والاجتهاد الفقهي فيه آراء ثلاثة: جافز ووقع فعلا: لقول الله ﴿فاعتبروا يا أولى الأبصار﴾، والرسول أعظم الناس بصيرة فهم داخلون تحت هذا الخطاب العام، وقيل إن الرسول مأمور بانتظار الوحي فيما لم ينزل عليه فيه وحى فإذا خاف فوات الغرض يعمل بالاجتهاد، ويرى ابن حزم من الظاهرية وبعض الفقهاء عدم جواز اجتهاد الرسول في الأحكام الفقهية.

أما اجتهاده فيما هو مباح من أمور المسلمين، وفيما هو من أمور الدنيا ومكايده الحرب، وفي تطبيق حكم الله فيما يعرض عليه فلا حرج فيه، وهذا الاجتهاد في التطبيق لا في التشريع ويسمى عند الأصوليين «تنقيح المناط» والواقع أن الفريق الأول لم يذكر لنا حكما واحدا فقهيا جاء عن طريق اجتهاد الرسول. راجع لنا تاريخ التشريع الإسلامي.

(٣) راجع حاشية الرهاوي على شرح المنار ص ٧٣١ وما بعدها.

العهد، لأن ما حدث إما فى الأمور التى لا تتعلق بالحل والحرمة أى فى غير الأحكام الفقهية، وإما أن يكون مجرد تطبيق الأحكام فى القضاء والإفتاء، وحتى إن حدث فى حكم فقهى فما يصدر عنهم فى عهده لا يعتبر تشريعا ولا يلتزم به عامة المسلمين، إلا إذا أقره الرسول عن طريق الوحي، وعلى هذا فاجتهاد أصحاب الرسول فى عهده واجتهاده عليه السلام لم يكن مصدرا فقهيا وإنما المصدر هو الوحي حتى مع القول بأن الصحابة اجتهدوا فى عهده فى حكم مسألة فقهية^(١) لأنهم لم يقفوا عند اجتهادهم وإنما عرضوا الأمر على الرسول.

وإذا كان الاجتهاد لا يعتبر مصدرا فقهيا فى عهده - فترة الإحياء - فلا وجود للقياس أيضا فى هذا العصر، باعتباره مصدرا إذ القياس ضرب من ضروب الاجتهاد، وإذا كان لا اجتهاد فلا اختلاف والا اتفاق، وعلى هذا فلا وجود للإجماع أيضا، ويكون المصدر التشريعى هو الوحي فقط^(٢).

ومن أمثلة اجتهاد الصحابة فى هذا العهد بإذن من الرسول نفسه ما روى أن النبى ﷺ قال لعمر بن العاص يوما : احكم فى هذه القضية، فقال عمرو : اجتهد وأنت حاضر؟ فقال : نعم، إن أصبت فلك أجران وإن أخطأت فلك أجر. وهذا معاذ بن جبل بعثه الرسول إلى اليمن ليعلم أهلها ويقوم ببعض الأمر فيهم وقال له : كيف تصنع إن عرض لك قضاء؟ قال : أقضى بما فى كتاب الله، قال : فإن لم يكن فى كتاب الله، قال : فبسنة رسول الله، قال : فإن لم يكن فى سنة رسوله؟ قال اجتهد رأى لا آلوا «أى لا أقصر» فسر الرسول من ذلك وقال : الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى الله ورسوله.

(١) فى مثل قول الرسول لهم : «لا تصلوا العصر إلا فى بنى قريظة، فمنهم من اجتهد وهداه اجتهاده إلى التمسك بحرفية الأمر فأخر الصلاة، ومنهم من أداه اجتهاده إلى أن المقصود الحث على الإسراع فصلوا حين دخل وقته».

(٢) مذكرات الأستاذ الشيخ السهورى لقسم الدكتوراه بالكلية.

وهذه غزوة بدر حينما نزل الرسول بأصحابه المحاربين منزلا اختاره من بدر استعدادا للقتال، فقال له الحباب بن المنذر : أهذا منزل أنزلكه الله فلا تعدل عنه أم هو الرأي والحرب والمكيدة؟ فقال الرسول : بل هو الحرب والرأي والمكيدة. فأشار الحباب إلى منزل آخر، ووافقه الرسول عليه، وكان سببا في النصر.

وعلى كل فقد كان الاجتهاد في عهد الرسول كما بينا محدودا في نفسه، ولم يتجاوز الحقوق الخاصة، ولم يخرج عن المسائل الحربية وقضايا الأفراد إلا قليلا.

ومن يتتبع أحاديث الأحكام وأسباب ورودها يجد أن أحكام الرسول الاجتهادية التي لم يلهم فيها من الله كانت إجابة عن استفتاء أو فصلا في خصومة، أو إجابة عن سؤال، وهذه أحكام نبوية صرفة بمعانيها وعباراتها لا يقره الله عليها إلا إن كانت صوابا^(١).

وأيا ما كان فمن الثابت أنه لا يوجد حكم تشريعي في هذا العهد إلا ومصدره الوحي، ولم يقل أحد غير ذلك سواء من أجازوا للرسول الاجتهاد ومن لم يجيزوه، وقد انتهى عهد الرسالة، وأصبح البحث في هذا من الناحية العملية غير معجد في شيء، فقد كان الرسول إذا حدثت حادثة ليس لها نص سابق في القرآن ينتظر الوحي فيها، فلما أن تنزل آية قرآنية فيها، أو تحدث سنة، وأحيانا كان يطلب من أصحابه أن يجتهدوا ويحكموا، ونستطيع أن نأخذ من حديث معاذ بن جبل مع الرسول أنه عليه السلام أقر في عصره استنباط الأحكام من الكتاب فالسنة فالاجتهاد، وإذا كان الرسول أقر الاجتهاد في عهده إلا أنه لا يمكن اعتباره مصدرا للتشريع في ذلك العهد لأن الوحي ينقضه إن كان خطأ، وإلا فيعتبر إقرارا له، وبذا يكون المصدر هو الإيحاء^(٢) بنوعيه.

(١) أصول الفقه للأستاذ الشيخ خلاف ص ٢٨٦، فجر الإسلام للأستاذ أحمد أمين ص ٢٨٨.
(٢) لكن جاء في كتاب المدخل إلى علم أصول الفقه للأستاذ معروف الدواليبي ص ١١ (طبعة مطبعة الجامعة السورية سنة ١٩٤٩) أن الرسول قد جعل الاجتهاد أصلا ثالثا للأحكام في عصره.

وفى حدوث الاجتهاد فى عصر الرسول ﷺ رغم هذا فائدة ذات اثر، فهو بمثابة البيان والإرشاد لأصحابه والفقهاء من بعدهم إلى طريق استنباط الأحكام وإرجاع الجزئيات إلى قواعد الكلية لوجود العلة فيها، وخصوصا أن نصوص التشريع لم تستوعب أحكام كل ما يستجد، وأنه لا بد من الاستنباط والاجتهاد والبحث عن العلة فى كل حكم، ولذا يقول الرسول لأصحابه فى آخر أيامه فى الدنيا : «تركتم فيكم أمرين لن تضلوا ما تمسكتم بهما، كتاب الله وسنة نبيه». كما أن فى اجتهاده عليه السلام فائدة أخرى هى رفع اللوم عن المجتهدين من بعده إذا لم يصلوا باجتهادهم إلى الحق والصواب.

وينبغى أن يلاحظ أن مجال اجتهاد الرسول كان فى النظر فى معانى النصوص الشرعية وتمييز دلائلها والنظر فى علل الأحكام، والنصوص بكل معانيها لا تخفى على علمه بحال، كما أن العلل ظاهرة له لا يخطئ فى فهمها فتكون فى حقه بمنزلة المنصوص تماما كما يقول صاحب الثبوت، أما اجتهاده عن طريق استعمال القياس فهو الذى يحتمل الخطأ وإن كان هناك من الأصوليين من أطلق القول باجتهاد النبی فى دائرة النصوص والعلل والقياس.

وعلى كل فالتشريع فى عصر الرسول كان واقعا متدرجا مع الحوادث، وهذا لا شك أقرب إلى القبول والامثال، ولم يكن التدرج مقصورا على التشريع الكلى فقط بل كان أيضا فى تشريع الحكم الواحد على ما بيناه فى موضعه.

المبحث الثانى

الفقه فى عصر الخلفاء والصحابه

الفتح الإسلامى فى هذا العصر وأثره فى الفقه

توفى الرسول ولم يكن الإسلام قد تعدى نفوذه الجزيرة العربية اللهم إلا مجرد توجيه الدعوة للأمم المجاورة، وكان أول الخلفاء من بعده أبو بكر الصديق^(١) ثم عمر ثم عثمان ثم بويج الإمام على الخليفة الرابع، وحدثت فتن وقلاقل وانتهى الأمر إلى معاوية بالقهر والغلبة وبقوة عصبته، لا بالوارع الدينى وحده، وخرجت المسألة من كونها خلافة إلى ملك فيه معنى الخلافة حتى صار الأمر بعد خلافة الرشيد وبعض ولده ملكا صرفا^(٢).

(١) وكان قبل خلافته تاجرا يعيش من كسبه، فلما ولى الخلافة ظل كذلك شهرا، ثم وجد أن التجارة تشغله عن أمور الناس وخاصة بعد أن كلمه عمر فى ذلك فقال : لا والله لا يصلح الناس إلا التفرغ لهم والنظر فى شأنهم. وترك التجارة واستنق من بيت مال المسلمين. ففرض له أبو عبيدة أمين بيت المال قوت رجل من المهاجرين ليس بأفضلهم ولا بأوكسهم. وكسوة الشتاء والصيف بقدر ما يصلحه ويصلح عياله يوما بيوم، ويحج ويعتمر، وقدر ما فرض له فى العام بستة آلاف درهم أى ما توارى عشرة جنيهات ونصف شهريا، ومع هذا لما حضرته الوفاة قال: ردوا ما عندنا من مال المسلمين فإنى لا أطيب من هذا المال شيئا وإن أَرْضى التى يمكن كذا أو كذا للمسلمين، بما أصبت من أموالهم، وكأنه كان يرى أن الأفضل له ألا يتال من مال المسلمين شيئا ما دام له شيء من المال.

(٢) الفرق بين الخلافة والملك أن الخلافة حمل الكافة على مقتضى النظر الشرعى، والملك السياسى حمل الكافة على مقتضى الغرض والشهوة، راجع : على عبد الرزاق فى الإسلام وأصول الحكم.

والخلافة هى رئاسة عامة فى أمور الدين والدنيا نيابة عن النبى ﷺ، ويسمى الخليفة أيضا إماما تشبيها لها بإمامة الصلاة لأن الرسول قبل وفاته أناب عنه أبى بكر ليؤم الناس فى الصلاة. وهى تتم بالاختيار عند جمهور المسلمين بالانتخاب والبيعة. راجع لنا تاريخ التشريع الإسلامى ومصادره.

وفى عصر الخلفاء والصحابة بدأ الفتح الإسلامى فأظل الإسلام فى فترة وجيزة^(١) ممالك ودولا كثيرة دخلها الإسلام بنوره وتعاليمه الحكيمة قبل أن يدخلها المسلمون بسيوفهم.

ولا تعجب من هذه السرعة فلم يكن أساسها قوة الغزاة المادية، وإنما قوتهم الروحية، وقوة الدعوة نفسها ورصانة مبادئها، فلم يكن الفتح الإسلامى سلبا ونهبا وتدميرا^(٢)، وإنما كان فتحا منظما يسير فيه مع الجند القارئ والمعلم والمحدث لأنه جهاد فى سبيل الله.

وقد دخل أكثر أهل هذه البلاد المفتوحة فى الإسلام واعتنقوا مبادئه مؤمنين بها، ومع هذا فمنهم من أسلم فرارا من الجزية^(٣) أو ليدخل فى دين الحاكم.

وعلى كل فقد امتزج المسلمون من العرب بغيرهم من هذه الأجناس فى كل بلاد الفتح الإسلامى، بل حتى فى المدينة عاصمة الملك إذ يقصدها ذوو الحاجات والرسل من الأمم الأخرى والأسرى، وكذا مكة التى يحج إليها من أنار الله قلبه بالإيمان من تلك البلاد، فاختلطت العناصر المختلفة وتعرف المسلمون على أمور لم يكن لهم بها عهد من قبل، وعادات لم يعرفوها وتقاليد لم يألّفوها، فعرضت

(١) فتحت الشام سنة ١٧ هـ وكانت قد تداولتها مدنّيات مختلفة. وفى سنة ٢٠ هـ فتحت مصر الوارثة لحضارة قدماء المصريين واليونان والرومان (راجع فتح العرب لمصر تعريب الأستاذ فريد أبو حديد، وراجع فجر الإسلام ص ١٠٤ / ١١٣ للأستاذ أحمد أمين).

وفى سنة ٢١ هـ فتحت العراق ثم فارس وامتدت الفتوحات حتى أخضع المسلمون لسلطانهم السند وبخارى ووصلوا سمرقند، كما فتحوا بلاد المغرب : برقة وتونس والجزائر ومراكش، وفى سنة ٩٣ هـ فتحت الأندلس بل توغل المسلمون فى فرنسا حتى نهر «اللوارة».

(٢) كتب عمر إلى أحد ولاته بأن لا يأذنوا لأحد من جنود المسلمين أن يزرع أو يزارع فى البلاد المفتوحة وبأن يعطوا أرضا لأحد منهم البتة وذلك للآتى :

أ - كى لا يزاحم المسلمون أهل الذمة والمهد فى بلادهم ويضيقوا عليهم فى معاشهم.
ب - كى لا يآلف الجند العمل فى الأرض إبان الفتح فتحمل نفوسهم إلى الراحة يضعفون عن القتال.

ج - أن تبقى الأرض فى يد أهلها وتأخذ الدولة خراجها فتقوم به على شئونها العسكرية والإدارية.

(٣) الجزية يدفعها الرجال القادرون على القتال فقط من غير عباد الأوثان أو المرتدين عن الإسلام، وهى تجبى على الرأس، بدأت بدينار فى العام : راجع فجر الإسلام ص ١٠٦.

لهم بسبب ذلك أحداث ليس لهم بها سابق عهد، ولا يوجد لها حكم شرعى ظاهر يمكن تطبيقه.

اجتهاد الصحابة^(١) وبطء تطور الفقه : ماذا يصنعون أمام هذه المشاكل وقد انتقل رماس الحكم إليهم، وأصبحوا بحكم قيادتهم لأمر الدين والدنيا مكلفين بالفصل فى كل هذه الأمور التى جدت عليهم من إظهار حكم الله فيها، فكان لابد من الاجتهاد وإعمال الرأى على ضوء القواعد الشرعية^(٢)، وبهذا صدرت عنهم عدة فتاوى بأحكام فى مشاكل وحوادث لم يرد فيها نص، وكانت هذه الفتاوى أساسها الاجتهاد والاستنباط.

وإن كان الخلفاء ومعاصروهم لم يعتمدوا على الاجتهاد إلا قليلا حتى لا يفتح للناس باب القول فى الدين بما ليس منه، ولتخرجهم من تبعه ما قد يخطئون فيه من الأحكام^(٣) إلا أنه يمكن القول بأن الاجتهاد وجد له مجالا فى جميع

(١) الصحابى فى عرف الفقهاء هو من لقي النبى وآمن به ولازمه زمنا حتى عرف بالفقه والنظر، وتعرف هذه الصفة بالتواتر والاستفاضة، ولذا فقد رفض الفقهاء أخبار أبى هريرة لعدم معرفته بالفقه فلا يأخذون بأخباره إلا بعد نظر فيها وموافقتها للقياس، أما من عاصر الرسول ولم يلقه فلا يسمى صحابيا حتى وإن كان فقيها، وإنما يعتبر من التابعين.

والتابعى من لقي الصحابى وأخذ عنه، وعصر التابعين متداخل فى عصر الصحابة، والفترة التى انفردوا بها قليلة وقد تكون نهايتها قبل نهاية دولة بنى أمية، وهم كما يقول علماء الحديث خمس عشرة طبقة. راجع لنا تاريخ التشريع الإسلامى.

(٢) وهذا لا يتنافى مع قول الله تعالى فى سورة الأنعام الآية ٣٨ ﴿ما فرطنا فى الكتاب من شيء﴾ إذ الكتاب قد رسم الطريق فيما لم ينزل فيه وحى بقوله فى سورة الحشر الآية الثانية ﴿فاعتبروا يا أولى الأبصار﴾.

والاجتهاد : هو بذل الفقيه جهده فى استنباط حكم شرعى من الكتاب والسنة، فإن كان الاجتهاد من معقول النص سعى قياسا أو رأيا. والقياس هو إلحاق أمر ليس له نص صريح من كتاب أو سنة أو إجماع بأمر له نص فى أحدها لالتحاد العلة فيهما، والرأى ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب. أما إن كان الاجتهاد من ظاهر النص فلا يسمى قياسا ولا رأيا، والرأى لم يحدد له معنى خاص فى هذا الوقت وإنما هو كما يقول ابن القيم فى إعلام الموقعين: «ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب» والرأى عندهم جماعى وفردى وعلى كل فقد كان الرأى عندهم شاملا للأنواع التى تميزت بعضها عن بعض وسميت أسماء خاصة كالقياس والاستحسان والمصالح.

(٣) المختارات الفتحية ، أحمد أبو الفتح ص ١٠٨.



الحقوق الخاصة مما تعلق منها بالأسرة أو العقود والالتزامات، وكذا الحقوق العامة سياسية كانت أم إدارية أم دولية^(١)، وأن عمر رضى الله عنه كان قويا في هذا، وأبعدهم مدى وأكثرهم اجتهادا، وهم في هذا كانوا يراعون تعاليم القرآن وسنة الرسول والروح الموجودة فيهما ملاحظين ما فيه مصلحة الناس، وما يتمشى مع أعرافهم، ومع هذا فلأنهم إذا اجتهدوا واختلفوا في الرأي ينسب كل منهم لنفسه الرأي ولا يجزم بأنه حكم الله ولا يعتبر مخالفه أثما، وهذه ظاهرة طيبة تدل على انعدام روح التعصب عندهم للرأي أيا كان سلطان صاحبه، كما تدل على شدة احترامه للرأي المتبادل بينهم^(٢). انظر مثلاً ما رواه الطبري أن عمر بن الخطاب في خلافته لقي رجلا له قضية نظرها الإمام على فسأله ماذا صنعت فقال : قضى بكذا، قال عمر : لو كنت أنا لقضيت بكذا، قال الرجل : فما يمنعك والأمر إليك؟ قال عمر : لو أردك إلى كتاب الله أو سنة رسوله لفعلت، ولكني أردك إلى رأي والرأي مشترك ولست أدري أي الرايين أحق.

وفي الواقع أن الاجتهاد عن الصحابة على ثلاثة أنواع :

الأول : بيان النصوص وتفسيرها.

الثاني : القياس على الأشباه والنظائر التي جاءت في الكتاب أو السنة على حكم أجمعوا عليه من قبل.

الثالث : اجتهاد بالرأي^(٣) دون اعتماد على نص أو قياس، وإنما استنباط من روح الشريعة، وقد كان هذا النوع هو الغالب عليهم المتحكم في أفهامهم

(١) معروف الدواليبي : المدخل لأصول الفقه.

(٢) فهذا أبو بكر يقول إذا اجتهد في أمر : «هذا رأيي فإن يكن صوابا فمن الله وإن يكن خطأ فمني وأستغفر الله» وهذا عمر يقول بالنسبة لاجتهاده : «إن يكن صوابا فمن الله وإن يكن خطأ فمني عمر، لا لجهلوا خطأ الرأي سنة للأمة» ويقول : «إن عمر لا يدري أنه أصاب الحق ولكنه لم يأل جهدا».

ويقول عبد الله بن مسعود في المرأة التي مات زوجها قبل أن يدخل بها ولم يسم لها مهرا : «أقول فيها رأيي لها مهر مثلها لا وكس ولا شطط - الوكس النقص والشطط الزيادة - فإن يكن صوابا فمن الله وإن يكن خطأ فمني ومن الشيطان، والله ورسوله منه بريتان».

(٣) والرأي النقهي على حد ما كان يفهمه الصحابة هو كما يقول ابن القيم ج ١ ص ٣٦ : ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الأمارات. فهو بهذا المعنى يشمل القياس والاستحسان والاستصلاح.

وأذواقهم، وهو الذى أطلق عليه فيما بعد بالمصالح المرسلة والاستحسان، ومثلهم فى ذلك مثل القاضى فى عصرنا الحاضر، وقد قيده نصوص القانون فإنه إذا عرضت عليه قضية ولم يجد نصا قانونيا يحكمها طبق ما يراه عدلا وإنصافا. وأنا نسوق لك بعض المثل من اجتهاد الصحابة لتبين الطابع العام للاجتهاد عندهم.

أمثلة من فقه الصحابة واجتهادهم :

(١) امتنع بعض المسلمين فى خلافة أبى بكر^(١) عن أداء فريضة الزكاة راعمين أنها كانت تدفع للرسول فقط وأنهم فى حل من عدم دفعها لخليفته فماذا يصنع؛ أيقاتلتهم رغم إيمانهم أم يتركهم مع أن الزكاة ركن من أركان الإسلام؟ فلجأ إلى رأى واستشار، فكان من رأى عمر عدم مقاتلتهم لأن الرسول قال «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا منى دماء. وأموالهم إلا بحقها» فقال أبو بكر - وكان يرى قتالهم - : «الم يقل إلا بحقها؟ فمن حقها إيتاء الزكاة، كما أن من حقها إقامة الصلاة» ثم قال «والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة، فإن الزكاة حق المال. والله لو منعونى عقالا^(٢) كانوا يؤدونه إلى رسول الله لقاتلتهم على منعه». فوافقه عمر وقال : «ما هو إلا أن قد شرح الله صدر أبى بكر فعرفت أنه الحق»^(٣).

(ب) ما روى أن عمر بن الخطاب رفعت إليه قضية قتيل، اشترك فى قتله أكثر من فرد. أيقتل الجماعة بالواحد مع أن الله يقول : «النفس بالنفس»؟ فقال له على بن أبى طالب : أرايت يا أمير المؤمنين لو أن نفرا اشتركوا فى سرقة جزور

(١) على أن الخلافة نفسها كانت بالاجتهاد إذ الرسول لم يعين خلفا لكنهم فى اجتهادهم قاسوها على إنابة الرسول لأبى بكر عنه فى أن يعلى بالناس وقالوا : لقد ارتضاه لنا فى أمر ديننا أفلا نرضاه فى أمور دنيانا ... وتمت البيعة. راجع لنا المدارس الفقهية فى التشريع الإسلامى ص ٩٧ طبع جامعة القاهرة سنة ١٩٥٧.

(٢) المقال : الحبل الذى يعقل به البعير.

(٣) صحيح البخارى، مطبعة بولاق ج ٢ ص ١٠٥.

فأخذ هذا عضوا وهذا عضوا أكنت قاطعهم؟ قال : نعم . قال : فكذلك ، فأخذ عمر برأى على - وقال : لو اشترك فيه أهل صنعاء كلهم لقتلوا به .

(ج) توفي شخص عن إخوته وجده الصحيح^(١) ، وترك ما يورث عنه ولم يرد نص في هذا ، وإنما النص جاء في ميراث الأب معهم وهو يفيد أنه يحجبهم فهل يعطون الجدة حكم الأب فيأخذ كل التركة؟ إلى هذا اتجه أبو بكر وابن عباس ووافقهما عمر بعد أن استشكل عليه الأمر ، لكن علي بن أبي طالب ، وزيد بن ثابت - ركان ما هرا في مسائل الإرث - رأيا أنه لا يأخذ حكم الأب وأشركا الإخوة معه في الإرث^(٢) .

(د) حدث أن غنم جيش المسلمين بعض أشياء في الحروب وكان المحاربون من أنصار ومهاجرين ، فلما جاء وقت توزيع الغنائم قال أبو بكر : «توزع عليهم بالتساوي لا فرق بين أنصاري ومهاجري لأنهم إنما أسلموا لله وأجورهم على الله وإنما الدنيا بلاغ» وسوى بينهم فعلا ، بينما كان عمر يرى التفاضل ، وجعل نصيب المهاجر أكثر من نصيب الأنصاري لتركه دياره وأمواله ؛ ولذا لما جاءت خلافته عمل برأيه وخالف ما عمل به الخليفة السابق عما يدل على أن الأحكام الاجتهادية حجة قاصرة وأن المجتهد ليس مقيدا باجتهاد من سبقه ما لم يكن إجماعا .

(هـ) وهؤلاء المؤلفون قلوبهم - وقد جاء النص بأن لهم نصيبا من الصدقات «إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ»^(٣) فقد جعل نصيبا من الصدقات لتأليف بعض الناس واستمالتهم للإسلام ، ومضى على ذلك الرسول طول حياته ، حتى قال أحد الأشخاص ممن أعطاهم الرسول تأليفا لقلوبهم : «لقد أعطاني وهو أبغض الناس إلي ، فما زال يعطيني حتى كان

(١) الجدة الصحيح هو الذي لا تتوسط بينه وبين المترفي أنثى في القرابة كآب الأب وإن علا ، راجع

لنا في هذا الوصايا في الفقه الإسلامي القسم الأول «الميراث» .

(٢) وبهذا أخذ قانون الميراث الجديد رقم ٧٧ سنة ١٩٤٣ المادة ٢٢ .

(٣) سورة التوبة ج ١٠ / ٦٠ .

أحب الناس إلى . . » واتيح هذه السنة أبو بكر حتى منتصف خلافته، فجاءه اثنان منهما يطلبان أرضاً فكتب لهما بها. فعارض عمر - لأنه نظر إلى علة النص لا إلى ظاهره، إذ العلة من إعطائهم هو تأليف قلوبهم واتقاء شرورهم عندما يكون الإسلام ضعيفاً ويكون في حاجة إليهم - ورأى أن المسلمين وقد قويت شوكتهم فإنهم في غير حاجة إلى اتقاء شر هؤلاء وقال : «إن الله أعز الإسلام وأغناه عنكم، فإن ثبتم عليه وإلا فبيننا وبينكم السيف» فعدل أبو بكر عن رايه^(١). فعمر وإن حبس العطاء عن هؤلاء لأنه في غير حاجة إليهم إلا أنه لم يبطل الحكم الذي جاء به النص بحيث إذا ضعف المسلمون يوماً واحتاجوا إلى تأليف قلوب أعدائهم الحريين أو تأليب القوى لدفع عدو أعطوهم من هذا السهم، وشأن ذلك في عصرنا ما ترصده الدول للدعاية السياسية.

(و) روى أن غلماً لحاطبة بن أبي بلتعة سرقوا ناقة لرجل من المدينة فأتى بهم عمر فأقروا فأرسل إلى عبد الرحمن بن حاطبة فجاء فقال له : إن غلمان حاطبة سرقوا ناقة رجل من مزينة وأقروا على أنفسهم، فقال عمر : يا كثير بن الصلت اذهب فاقطع أيديهم، فلما ذهب بهم ردهم عمر ثم قال : «أما والله لولا أنى أعلم أنكم تستعملونهم وتجميعونهم حتى أن أحدهم لو أكل ما حرم الله عليه حل له لقطعت أيديهم، وأيم الله إذا لم أفعل لاغرمنك غرامة توجعك» وأوقف التنفيذ^(٢).

ومن هذا وقفه تنفيذ حد السرقة عام المجاعة المسمى «عام الرمادة» مكتفياً بتعزير السارق إذ رأى أن شرائط إقامة حد السرقة ألا يكون السارق مضطراً إلى السرقة اضطراباً واعتبر هذه المجاعة ضرورة يدرأ بها الحد، إذ الحدود تدرأ بالشبهات. وليس في هذا تعطيل لحد السرقة، وإنما هو اجتهاد حكيم في التطبيق.

(١) راجع فتح القدير ج ٢ ص ٢١٥، وإعلام الموقعين لابن القيم. والموافقات للشاطبي.

(٢) راجع أيضاً الكلام من الحدود في كتب الأصول وحد السرقة في كتب الفقه.



ومن الأمثلة التي تدل على الاجتهاد واختلاف رأى الصحابة فى المدينة مع رأى الصحابة فى المدن الأخرى:

١ - قضى أهل المدينة فى بعض الخصومة بناء على شهادة شاهد واحد، ويمين صاحب الحق. مع أنهم فى مصر والشام وحمص والعراق كانوا لا يكتفون فى الإثبات إلا بشهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين، ولكل فريق وجهته التى يستند إليها^(١).

٢ - جمع أهل المدينة بين الصلاتين فى الليلة الممطرة، بينما لم يجمع غيرهم من فقهاء مصر أو العراق أو الشام بين المغرب والعشاء قط، مع أن المطر فى مدنها قد يكون أكثر منه فى المدينة^(٢).

هذا قدر يسير من كثير من الأحكام التى صدرت نتيجة اجتهاد واستنباط فى ذلك العصر، وهى تدل على النواحي المختلفة فى اجتهادهم والتى أشرنا إليها من قبل، كما تدل على اختلافهم فى رأى فى بعض منها، بل لعلك لاحظت أن عمر ابن الخطاب اجتهد فى تعرف المصلحة التى لاجلها كانت آيات الأحكام أو أحاديثها، ثم يجعل الحكم يتبع المصلحة ويرتبه عليها^(٣). ولا تظن أن هذا نسخ لما جاء به النص، وإنما هو تغيير للحكم تبعاً لتغير علته، بحيث إذا وجدت العلة التى من أجلها وجد الحكم المنصوص عليه كان هو الواجب أن يعمل به.

مناقشة اختلافهم

فى الواقع أن اختلافهم فى الأحكام المجتهد فيها إنما يرجع إلى اختلافهم فى فهم بعض آيات الأحكام لأن دلالتها ظنية لاشتراك اللفظ بين معنيين كالقرء فى قوله تعالى : «والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء» فإنه يعرف فى اللغة بمعنى الطهر وبمعنى الحيض، أو للاختلاف فى حمله على الحقيقة أو المجاز

(١) راجع إعلام الموقعين جـ ٣ ص ٨٤ وكتب الفقه فى باب الشهادة.

(٢) إعلام الموقعين.

(٣) راجع شرح نهج البلاغة جـ ٣ ص ١١٥.

كلفظ أب فهو يحمل على المعنى المجارى فيشمل الجد ويأخذ حكم الأب فى حجب الإخوة عن الميراث، واختلافهم فى حفظ السنة واستيعابها وفهمها، وتفاوتهم فى الاجتهاد واستعمال الرأى وخصوصا أنه لم يكن محددا، ومدى تأثيرها باختلاف البيئة التى جدت عليهم أو جدوا هم عليها، وأيضا تغير الزمن نفسه، لذا فإنه يقال عند الاختلاف فى بعض المسائل : إنه اختلاف عصر و زمان لا حجة وبرهان.

وبالجملة فإنه يمكن أن يقال إن مرد الخلاف بينهم يرجع إلى مقدار علم الصحابى بالسنة ومدى استعماله الرأى، وتأثير البيئة أيضا^(١). ومع هذا فقد كان الاختلاف بينهم فى الفروع دون الأصول، وكان يسيرا محدودا لأخذهم بمبدأ الشورى، وتيسير اجتماعهم، وخاصة فى أيام عمر الذى منعهم من مبارحة المدينة حتى يكونوا بمثابة جمعية تشريعية. كما أنهم كثيرا ما تورعوا عن الفتيا، وأحالها كل منهم على غيره خشية الزلل، وفى هذا يقول ابن أبى ليلى : «أدركت عشرين ومائة من الصحابة فما كان منهم محدث إلا ود أن أخاه كفاه الحديث، ولا مفت إلا ود أخاه كفاه الفتيا».

كون الفقه قد هذا العصر واقعيا وسببه ،

كان الصحابة هم أصحاب السلطان؛ ففيهم الخلافة ولديهم من شئون الدولة وأمور السياسة ما يحد من وقتهم، فإذا علمت ذلك وعلمت أن الاستفتاء لم يكن قاصرا على من دخلوا جديدا فى الإسلام من غير العرب بل كان من المسلمين القدامى أنفسهم الذين لم يكن لهم حظ الإلمام بدقائق القرآن والإحاطة بالسنة، ولم تمكنهم ظروفهم من مخالطة الرسول وملازمته وليس لهم ملكة فقهية، وإذا علمت مع ذلك أن القرآن لم يكن فى متناول كل فرد منهم، وأن السنة لم تكن قد جمعت فضلا عن أنهما قد جاءا بأحكام وقواعد يصعب على العامة فهمها واستنتاج الأحكام منها، يضاف إلى كل هذا أن الصحابة الذين يقومون بالإفتاء والقضاء -

(١) راجع لابن حزم الأحكام ج ٢ .



وهم قلة^(١) - تفرقوا في المدن وخاصة بعد عهد عمر تبعاً لاتساع الفتوح وارتفاع الحظر، وأنهم كانوا على جانب كبير من الورع مما جعل بعضهم يحيل الفتوى على غيره مهابة وورعاً^(٢)، وخصوصاً فيما يبدو لى بعد ظهور بعض الأفراد ممن أرادوا الكيد للإسلام رغم تظاهريهم به كعبد الله بن سبأ ومعاوية الذين كانوا يفترضون المسائل ويطلبون فيها حكماً، ولا يقصدون بهذا إلا بلبلة الأفكار وتشكيك الناس وإثارة الفتن.

كل هذه العوامل كانت سبباً لقصرهم الفتوى على المسائل الواقعية فعلاً، ولا يجيبون على الأسئلة الافتراضية، وقد روى عن زيد بن ثابت أنه كان إذا استفتى في مسألة سأل عنها، فإذا كان الموضوع الذي تطلب فيه الفتوى قد حدث ووقع فعلاً أفتى، وإلا قال: «دعوها حتى تكون».

الاجتهاد والإجماع مصدران للتشريع:

ولقد كان منهجهم في التعرف على الأحكام في ذلك العصر^(٣) أنه إذا وقعت الحادثة بحثوا عن حكمها في كتاب الله، أو تلمسوه في سنة الرسول،

(١) كان الصحابة نحو مائة وثلاثين بين رجل وامرأة منهم من انصرف إلى أمر معاشه عن الاشتغال بالفقه ومنهم من لم يتوافر عنده الدوق الفقهي أو فقه النفس، ومنهم من توافر فيه كل هذا، وكان فيهم الأكثر من الفتوى وفيهم المقل، وبينهما الوسط، ومن الذين كثرت عندهم الفتوى عمر، وعلي، وعائشة، وعبد الله بن مسعود، وزيد بن ثابت، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر. والمتوسطون في الفتوى عشرون منهم أبو بكر وأم سلمة وأنس بن مالك، وأبو سعيد الخدري، وعثمان - ومن المقلين في الفتيا الحسن والحسين وفاطمة بنت الرسول وأبو عبيدة بن الجراح وكانوا جميعاً بالمدينة ثم تفرقوا بعد التوسع في الفتوح وإسناد الولاية والقضاء إليهم. راجع إعلام الموقعين ج ١ ص ١٣.

(٢) مقدمة ابن خلدون ص ١٦٠.

(٣) كان أبو بكر إذا احتكم إليه الخصوم نظر في كتاب الله فإن وجد فيه ما يقضى بينهم قضى به، وإن لم يكن وعلم عن رسول الله فيه سنة قضى بها، فإن أعياء خرج فسأل المسلمين وقال: اتاني كذا وكذا فهل علمتم أن رسول الله قضى في ذلك بقضاء. فربما اجتمع عليه نفر كلهم يذكر عن رسول الله قضاء فيقول أبو بكر: الحمد لله الذي جعل فينا من يحفظ عن نبينا، فإن أعياء أن يجد فيه سنة عن الرسول جمع رؤوس الناس وخيارهم فاستشارهم فإن أجمع رأيهم على شيء قضوا به وهكذا كان الأمر في عهد عمر.

وقاسوا الشبيه على شبيهه^(١) فإذا لم يسعفهم النص تشاوروا فإذا اتفقوا على رأى كان حكما مجمعا عليه وكان حجة ملزمة، وإلا فإذا لم يتفقوا اتبعت الأقلية الأغلبية حسما للخلاف، ولكنه لا يعتبر حكما مجمعا عليه، وكان ذلك بالأخص فى المسائل العامة، وقد يراجع الواحد منهم الآخر فيما ذهب إليه فيرجع عنه ويزول الاختلاف، وكثيرا ما بقى كل منهم على ماذهب إليه، أوجد فى المسألة الواحدة أقوال مختلفة، ونشأت معه مذاهب الصحابة التى أطلق عليها فيما بعد اسم الآثار.

وقد نقلت مذاهبهم فقها مجردا، كما نقلت مختلطة بمصادرها، ومن هذا يتضح أنه قد وجد فى عصر الصحابة مصدران فقيهان لم يكونا من قبل هما : الإجماع والرأى، الذى عبر عنه ابن القيم بأنه - أى الرأى - ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الأمارات. وهو بهذا المعنى يشمل القياس والاستحسان والاستصلاح وغيرها كما قلنا من قبل.

والفقهاء وإن اتفقوا على أن ما حدث من إجماع فى عصر الخلفاء يكون حجة فإن الجمهور منهم^(٢) هم الذين يرون حجيته أيضا بعد ذلك، بينما لا يرى فريق حجيته بعدهم وخاصة من عصر التابعين، بل ولا إمكان تحققه لتفرق الصحابة وانقسامهم بسبب السياسة والحكم، ومن هؤلاء داوود بن على الظاهري، وقول لأحمد، ويقول ابن حزم : «التابعون لم يحصهم أحد ولا يعرف الكثير مما قالوا، فمن ادعى إجماع هؤلاء فهو كاذب» وفى الواقع أن أحدا لم ينقل لنا حكما مجمعا عليه فى عصر التابعين ومن بعدهم.

والملاحظ أن الخلفاء كانوا يحتاطون جدا للتثبت مما يروى لهم على أنه سنة عند الإفتاء أو القضاء نظرا لأنها لم تكن دوت بعد، ولم يكن الجميع قد ألم بها بل منهم من سمع عن الرسول شيئا لم يسمعه غيره إذ لم يكن حاضرا. فضلا عن تفاوتهم فى الاستيعاب والحفظ والفهم ومعرفة المناسبة،

(١) إعلام الموقعين ج ١ ص ١٧٦

(٢) راجع الإجماع فى كتب الأصول، وستأوله عند الكلام من المصادر فيما بعد



وقد أدى كل هذا إلى اختلاف فى رواية بعض الأحاديث وشيوع التحريف فيها^(١).

تفرق الصحابة وتنازعهم السياسه وأثره فى الفقه:

تفرق الصحابة على المدن تبعاً لاتساع الفتوح، وكان فيهم الحكم والقضاء وكان من آثار هذا انتشار رواية الحديث والتحريف فيها، ووجود فتاوى مختلفة وأحكام متباينة فى الواقعة الواحدة لاختلافهم فى تفهم آيات الأحكام ولعدم تدوين السنة، وتعذر عقد جمعيتهم التشريعية لبعده الشقة بين تلك المدن المختلفة فضلاً عن أن طرقهم فى البحث كانت متعددة فمنهم من كان يقف عند الدلالة اللفظية للنص الوارد فى أصل التشريع، ومنهم من كان ينظر إلى العلة التى بنى الحكم عليها فيحكمها ويقيس النظر على الظاهر، ومنهم من كان يحكم المصلحة التى جاءت لها الشريعة، وكثيراً ما كانوا يرجعون إلى ما تدل عليه العادة وترشد إليه ظروف الحياة، وقد كان هذا الاختلاف فى منهج البحث مما أدى إلى تعدد المذاهب واختلاف الآراء^(٢).

(١) يروى أن أبا بكر رضى الله عنه جمع الناس بعد وفاة الرسول وقال: إنكم تمحدثون عن رسول الله أحاديث تختلفون فيها والناس بعدكم أشد اختلافًا، فلا تمحدثوا عن رسول الله شيئاً فمن سألكم فقولوا بيننا وبينكم كتاب الله فاستحلوا حلاله وحرموا حرامه.

وقد جاءت جده تلمس أن تورث فقال لها: ما أجدر لك فى كتاب الله شيئاً، وما علمت أن رسول الله ذكر لك شيئاً، ثم سأل الناس فقام المغيرة بن شعبه وقال: سمعت رسول الله يعطيهما السدس، فقال أبو بكر: هل معك أحد؟ فشهد محمد بن مسلمة بمثل ذلك، فأنفذ لها.

كما روى أن عمر بن الخطاب سمع صحابياً يروى عن الرسول فقال: لتأتينى على ما تقول ببينة، فخرج فإذا أناس من الأنصار فذكر لهم ما كان بينه وبين عمر، فقالوا قد سمعنا هذا من رسول الله. فقال عمر: أما إنى لم أنهمك ولكنى أحببت أن أثبت. وكان رضى الله عنه يأمر أصحابه بقلة رواية الحديث خوف الخطأ فى الرواية مما جعل معاوية يقول: عليكم من الحديث بما كان فى عهد عمر فإنه قد أخاف الناس فى الحديث.

وكان على بن أبى طالب يستحلف من يحدثه حديثاً عن رسول الله، روى ابن الحكم والفزارى أن علياً قال: كنت إذا سمعت من رسول الله ﷺ حديثاً نفعنى الله ما شاء أن ينفعنى منه وكان إذا حدثنى غيره استحلفته فإذا حلف صدقته.

(٢) المسئولية المدنية، محمود شلتوت.

ومن ناحية أخرى فإن الإسلام لم يكذب بل بلغ أشده حتى دهمته ريح عاتية من الفورات والاهواء المتباينة أثرت في خطاه كما أثرت في مصاير الدولة الإسلامية لأن النظم الروحية والسلطة الزمنية نشأتا في المجتمع الإسلامي ممتزجتين مجتمعتين^(١).

فبعد أن قتل عمر بن الخطاب بيد آئمة في المسجد، وتولى عثمان الخلافة - وكان أحد الستة الذين أشار بهم عمر ليتم اختيار الخليفة من بينهم - قامت فتنة بسبب ذلك إذ تشيع بعض الناس لعلي بن أبي طالب ورأوا أنه أحق بالخلافة لأنه من قرابة الرسول، ورأى آخرون أن عثمان أحق بها، ثم قتل عثمان وتمت البيعة لعلي، وفي عصره تمخضت عناصر الخلاف والتنافس - التي ما لبثت منذ وفاة النبي تحييش في صدور الناقمين والطامعين - عن أول حركة ثورية في الإسلام، نشأت عنها كل الحركات الثورية التي اجتاحت المجتمع الإسلامي في مختلف العصور والأقطار، وكانت هذه الحركة بسبب الإمامة والمبدأ الذي يستند إليه الحاكم السياسي في تولى الحكم والاستئثار بالسلطنتين الروحية والزمنية، ثم قتل علي، وهكذا حتى اجتمع الناس على خلافة معاوية بن أبي سفيان الأموي، بعد أن تنازل الحسن بن علي له عن الخلافة حقنا للدماء وحفاظا على وحدة المسلمين وجمع كلمتهم.

ومع هذا تركت هذه الحوادث المتتالية وراءها أحزابا، فهؤلاء الأمويون وقد كان فيهم الحكم، والشيعية الذين تشيعوا لعلي وآل بيته، وهؤلاء الخوارج الذين كانوا في ركب علي وفي صفوف جيشه، قد خرجوا عليه لما قبل التحكيم بينه

(١) - نظم الدول الإسلامية لم تقم إلا وراء دعوة دينية يدعو إليها المتغلب ثم يوطد أسس دولته السياسية على هذه المزايم الروحية. فالدولتان الأموية والعباسية في المشرق ودولة الشيعة في إفريقيا ومصر والادارة والموحدين في المغرب قامت كلها على هذا النحو. راجع تاريخ الجمعيات السرية والحركات الهدامة محمد عبد الله عثان طبعة الهلال ١٩٢٦.

وبين معاوية، وهؤلاء المرجئة^(١) الذين سالموا الجميع. وكان من أثر هذا أن تفرق المسلمون وتباعدوا، وهم متفاوتون في فهم الكتاب واستيعاب السنة، بل هذا التحزب جعل كل فريق لا يثق فيما انفرد بروايته الفريق الآخر من الأحاديث، وخصوصا إذا كانت تتعلق بنظام الحكم والقضاء، كما أن الأحكام أنفسهم كنتيجة لهذا الانقسام انصرفوا عن الدين للسياسة وأحدثوا في الدين ما لم يكن منه، فجعلوا الحكم وراثيا في بيت معاوية، إلى غير ذلك مما أوجد جفوة بين الفقهاء والحكام، كل هذا جعل مهمة الفقهاء شاقة، وإن كان قد ترتب على انحراف الخلفاء الأمويين عن سيرة سلفهم الصالح اعتزال الفقهاء الحياة العامة والاعتكاف على نشر السنة والفقہ ونقد الأحكام؛ وقد تبع هذا أن علم الفقہ بدأ يستقل ويصير له كيانه وموضوع يخصه، وأصبح يراد من العلم معرفة النصوص، ومن الفقہ ملكة فهم الأحكام من تلك النصوص.

وأكثر من هذا أن تمكن الدساسون من وضع الأحاديث المكذوبة. ولعل كل هذه الأمور كانت سببا في وجود نزعتين في الفقہ الإسلامي : نزعة تنتحي ناحية الرأي والاجتهاد والتوسع في ذلك بحثا وراء علل الأحكام، وأخذوا يفترضون المسائل ويستتجون أحكامها. وأخرى تقف عند النص، وتقف عند المسائل التي وقعت، ولذا كان فقهم واقعيًا. كما كان هذا أيضا منبها ودافعا لتدوين السنة والفتاوى.

(١) المرجئة : سموا بذلك لأنهم يرجئون أمر المختلفين في الخلافة الذين سفكوا الدماء إلى يوم القيامة فسالوا الجميع، وقالوا إن الفرق الثلاثة وهم : الأمويون والخواارج والشيعة مؤمنون وبعضهم مخطئ وبعضهم مصيب، ولا يمكن تعيين المصيب فيترك أمرهم إلى الله جميعا، وكان موقفهم من الدولة الأموية أنهم لا يتأخرونها ولا يخرجونها عنها كما لم يتأخروا الخوارج أو الشيعة، وكان بدء ظهورهم في أواخر عهد عثمان عند بدء النزاع، فامتنع بعض الصحابة عن إبداء الرأي في الخلافة أمثال : أبو بكر وعبد الله بن عمر وعمران بن حصين، وقد صرح عندهم أن الرسول ﷺ قال : ستكون فتن القاعد فيها خير من الماشي، والماشي خير من الساعي إليها، فإذا نزلت أو وقعت فمن كان له إبل فليلحق بإبله، ومن كان له غنم فليلحق بغنمه، ومن كانت له أرض فليلحق بأرضه، فقال رجل : يا رسول الله من لم تكن له إبل ولا غنم ولا أرض؟ قال : يعمد إلى سيفه فيدق على حده بحجر ثم لينج إن استطاع النجاة، ثم أصبح أساس البحث والاختلاف بين الجميع تعريف الكفر والإيمان : فترى المرجئة أن الإيمان هو المعرفة بالله ورسله، بينما يرى الخوارج أن الإيمان المعرفة بالله ورسله والإيمان بالفرائض والكف عن الكبائر، أما الشيعة فيرون أنه لا بد أيضا في الإيمان أن يؤمن بالإمام ويعطيه. راجع فجر الإسلام من ص ٣٤٢ إلى ٣٨٢ وكتب التوحيد.

المبحث الثالث

عصر تكوين المذاهب الفقهية والتدوين

بدء ونهاية هذا العصر : يبدأ هذا العصر من حيث ينتهي العصر السابق بوفاة آخر صحابي في أواخر عهد الدولة الأموية، وكانت بداية طيبة ازدهر فيها الفقه الإسلامي، وأصبح علما قائما بذاته. وتفرغ له الفقهاء. وكانت الدولة قد بلغت مبلغا عظيما من اتساع الرقعة وقوة نفوذ السلطان، وكانت قوتها العسكرية لا تقل عن نهضتها العلمية في الفقه وسائر المواد فامتد نفوذها العسكري من الصين شرقا إلى الأندلس غربا، كما شمل نفوذها الفقهى ثقافات متباعدة وحضارات مختلفة مما كوّن مجموعة من المعارف لا مثيل لها، وأصبح التشريع الفقهى مزدهرا للغاية، وتكونت منه ثروة طائلة خلفها ذلك العصر للأجيال المتعاقبة إذ أفرغ الفقهاء الكثير من جهودهم في الاستنباط والجدل في التدوين والتصنيف وتكونت المذاهب الفقهية، لكل إمام ومذهب مسلك للاستنباط، ولكل إمام مريدون، ومع هذا فقد كان الأئمة ينهونهم عن التعصب ويقولون: ليس من أحد إلا ويؤخذ من قوله ويترك إلا رسول الله.

وكان الفقهاء في هذا العصر يقضون فيما جد بما فيه مصلحة الناس وما يتناسب مع البيئة لأنهم يستمدون أحكامهم من نصوص التشريع أو من عللها التي يبحثون عنها في تلك النصوص، لأن فقههم هو القانون الحاكم المطبق.

وقد صاحب هذا الازدهار الفقهى في هذا العصر الحكم العباسى إذ قام على أساس من الدين فشجع الخلفاء العباسيون^(١) الفقهاء وقربوهم إليهم وجعلوهم

(١) نسبة لبني العباس أبناء عمومة الرسول، وقد لبثوا ومنا يتطلعون إلى السلطان والحكم، ولما لم تكن لهم عصبية قوية اندمجوا في الحركة الشيعية فاستهزوا الجمهور، وقام أبو مسلم الخراساني في خراسان بالدعوة إلى إبراهيم الإمام وعند وفاته رجموا أنه أوصى بالخلافة إلى أخيه عبد الله ابن عباس المعروف بالسفاح، وهكذا استغل العباسيون حركة الشيعة في طريقهم إلى الحكم. وهي في الواقع لم تكن سوى نظرمهم سوى وسيلة. فلما استتب لهم الأمر طاردوا الشيعة وحاربوهم. راجع الجمعيات السرية والحركات الهدامة لمحمد عبد الله عنان ص ٣٠.

محل احترامهم وثقتهم ومرجعهم في كل أمر، وكفلوا لهم حرية مطلقة في الرأي العلمي ما دام بعيدا عن الخلافة ودستور الحكم. واستمر الحال على ذلك حتى منتصف القرن الرابع الهجري حيث ضعف نفوذ الخليفة.

تكوين المذاهب وأثره في ازدهار الفقه : كان من نتيجة الاتجاهات المختلفة في التفكير الفقهي أن تكونت مدارس فقهية في مختلف المدن الإسلامية، ووجدت عدة مذاهب منها ما كان للسياسة دخل في تكوينه وتأثير في منهجه : كالمذهب الشيعي، والخوارج، ومنها ما كان وليد الدراسة والبحث العلمي الصرف : كالمذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي وكالمذهب الأوزاعي والبصري والليث والظاهرى والطبرى وغيرها، وكان من نتيجة هذا أن استقل علم الفقه وتخصص له الفقهاء وبحثوا في مصادره، وعملوا على إيجاد أحكام لكل ما يدور في الدولة الإسلامية من أحداث. فاعتنوا بفهم القرآن وتفسيره كما عنا بتدوين السنة وتحقيقها والتعرف على العلوم الأخرى التي ترجمت إليهم كفلسفة اليونان ومنطق أرسطو، كما عنا بدراسة الأديان^(١) الأخرى وصنفوا علم أصول الفقه الذي تعد القواعد وأثار للفقهاء الطريق.

(١) كلمة دين عند العرب تشير إلى علاقة بين طرفين يعظم أحدهما الآخر ويخضع له، فإذا وصف بها الطرف الأول كانت خضوعا وانقيادا، وإذا وصف الطرف الثاني كانت أمرا وسلطانا وحكما وإلزاما، وإذا نظر بها إلى الرباط الجامع بين الطرفين كانت هي الدستور المنظم لتلك العلاقة.

واشتهر تعريف الدين الإسلامي عند الإسلاميين بأنه الإيمان بذات إلهية جديرة بالطاعة والعبادة. بينما يقول سيرون في كتابه عن القوانين : الدين هو الرباط الذي يصل الإنسان بالله، والفكرة الدينية الناضجة هي التي لا تجعل من الألوهية مبدأ تدبير فعال فحسب، بل مصدر حكم وتشريع في الوقت نفسه.

وفي معجم لاروس للقرن العشرين «إن الغريزة الدينية مشتركة بين كل الأجناس البشرية حتى أشدها همجية وأقربها إلى الحياة الحيوانية، وإن الاهتمام بالمعنى الإلهي وبما فوق الطبيعة هو إحدى النزعات الخالدة للإنسان، وهذه الغريزة الدينية لا تختفى بل لا تضعف ولا تدبل إلا في فترات الإسراف في الحضارة وعند عدد قليل جدا من الأفراد»

ويقول محمد فريد وجدى في دائرة معارفه : يستحيل أن تتلاشى فكرة التدين لأنها أرقى ميول النفس، بل ستلاحق الإنسان ما دام ذا عقل يعقل به الجمال والقيج، وستزداد فيه هذه الفطرة على نسبة علو مداركه ونمو معارفه - راجع كتاب الدين للشيخ الدكتور محمد عبد الله دراز.

وكانت هذه الفترة امتدادا طبيعيا للمصر الذي سبقه، ومسايرة مع اتساع الفتح وتقدم العمران والحضارة، فوق أنها تتفق مع تقدم الدولة وروقيها في مختلف النواحي، ومع الخلفاء العباسيين أنفسهم الذين قامت دولتهم باسم الدين وللدين، وكان آخر المجتهدين اجتهادا مطلقا - الذين يستنبطون من الكتاب والسنة دون تقيد برأى إمام فقيه - أبو جعفر محمد بن جرير الطبري مات سنة ٣١٠ (١) - حيث كان قد أفل نجم الدولة العباسية وانصرف الفقهاء تدريجيا عن الاجتهاد، واتجهوا ناحية التقليد.

أسباب ازدهار الفقه في هذه الفترة:

(١) اتساع الدولة واستزاج الثقافات فيها : اتسعت رقعة الدولة فتبعها أقوام من أجناس تختلف في عاداتها وأعرافها، فجرى بينهم التعامل، وزالت من بينهم الحواجز، وحدثت بينهم معاهدات واتصالات مما ينشأ معه عادة ظهور مسائل جديدة يحتاج الناس إلى معرفة حكم الله فيها.

(ب) تفرق الفقهاء في الأمصار : تفرق الفقهاء في مختلف المدن (٢) التي تبعت الإسلام، فدخلوها إما مع القوة الفاتحة، أو وفدوا إليها للقضاء والإفتاء

(١) راجع ترجمته في كتاب «جولات إسلامية» للشيخ محمود النواوي.

(٢) وأهم المدن التي هبط فيها الفقهاء واستوطنوها :

١ - المدينة : وقد استوطنها في مصر الذي نتحدث عنه مالك، وريسة الرأي.

٢ - مكة : واستوطنها سفيان بن عيينة.

٣ - البصرة : وكان بها الحسن البصري.

٤ - الكوفة : وبها سفيان الثوري وأبو حنيفة.

٥ - بغداد : وكان بها أحمد بن حنبل والظاهرى وابن جرير الطبري.

٦ - دمشق : وبها الإمام الأوزاعي.

٧ - القاهرة : وبها الشافعى والليث بن سعد، وبها أول مسجد إسلامي ينبعث منه نور

العلم والعرفان وهو جامع عمرو لى ذلك الحين، وقد انتزع منه هذه المكانة

بعد ذلك الجامع الأزهر.

والجباية^(١) أو للتعرف على حديث. ومن جهة أخرى فإن بعض العلماء من أهل هذه البلاد الذين أسلموا وتفقهوا في الدين، تنقلوا من جهة إلى أخرى للكسب العلمي، والتعرف على حديث الرسول ﷺ إذ كان لم يدون^(٢) بعد.

فتتج عن ذلك أن تعرف كل فقيه على ما عند الآخر، وليس نظما وأعرافا تختلف عن نظم وأعراف المنطقة التي هو بها^(٣).

(ج) كثرة الفتاوى والوقائع : حرص المسلمون على أحكام الشريعة الإسلامية فكثرت استفتاؤهم مما دفعهم إلى استنباط أصول وقواعد تيسر لهم تخريج الأحكام، بل كانوا أكثر من هذا يفترضون ما لم يقع من المسائل ويستخدمون وسائل اجتهادهم في تعرف حكم الله لتلك المسائل المفترضة.

(د) شيوع الجدل والمناظرة : عمل كل فقيه جاهدا لفهم ما وجد من الأحكام عند غيره، وتبين عللها كي يطبقها على ما عساه قد يحدث عنده، أو ليقارنه بالأحكام المماثلة لهذا الحادث، وكثيرا ما تختلف الفكرة ويتباين الرأي أو لا يسلم الدليل، وهنا يبدأ السجال والجدل بين الفقهاء^(٤)، غير أن الجدل كان يصل إلى حد العنف إذا كانت المناظرة في مسائل السياسة بسبب الإمارة والحكم.

(١) أي جمع الأموال للدولة من خراج وعشور وجزية ونحو ذلك.

(٢) ومن أهم هذه الرحلات العلمية البحتة رحلة ربيعة الرأي-مات سنة ١٣٦-من المدينة إلى العراق، ورحلة أبي يوسف، ومحمد بن الحسن الشيباني من العراق إلى المدينة، ورحلة الشافعي من الشام إلى المدينة، ثم إلى العراق، ثم أخيرا إلى مصر، وغيرهم الكثير من المشتغلين بالفقه.

(٣) ففي العراق مثلا تعرض على الفقهاء معاملات وعادات متأثرة بالحضارة الفارسية، وفي الشام تمجد أقضيائهم ومعاملاتهم في طابعها الحضارة الرومانية، وفي مصر تمجد الناس متأثرين بالعادات المصرية القديمة والعادات الرومانية.

(٤) وكان يتم هذا السجال بينهم بالمكاتبة والمراسلة إن تباعدت أقاليمهم وتناوت بلادهم أو بالمشاهدة والمناظرة في الدور والمساجد وحلقات الدرس إن سهل الاجتماع في كل هذا.

(هـ) التدوين ونسجته : كان لتدوين السنة وتبويبها ومعرفة الصحيح من غيره، وكذا لتدوين الفقه وأصوله وتفسير القرآن الكريم وغير ذلك من مختلف العلوم أثر كبير في ازدهار الفقه والنهوض به، فقد يسر ذلك الأمر أمام الفقهاء، وسهل عليهم التزود منه والإحاطة به، وبالإضافة إلى هذا فإن المسلمين قد توسعوا في التعرف على الثقافات المختلفة بما ترجم من كتب عن الفلسفة والمنطق وما يتعلق بالاديان السابقة.

(و) أثر السياسة في ازدهار الفقه : كانت الدولة الأموية دولة تعنى بنواحي السياسة والحكم أكثر من عنايتها بالنواحي الأخرى، ومع هذا فقد نشط الفقه في أيامها كما انتظمت تعاليم الخوارج، ونشأ الاعتزال، واعتنقه بعض الخلفاء الأمويين، ونظمت حلقات الدروس في المساجد. وبحث العلماء مسائل القضاء والقدر^(١) وغيرها، وبدأت نواة التدوين والتأليف^(٢).

ولما قامت الدولة العباسية ازدهر الفقه الإسلامي في بدء تكوينها لأن الفقهاء وجدوا أن حريتهم في المناقشة مطلقة، إذ كانت سياستهم أن يقربوا الفقهاء إليهم ويعتونا بهم، فكانت للعلماء في مجالسهم منازل لم تكن لسواهم^(٣) عندهم، وإن كان لهذا بعض الآثار السيئة في هذا العهد فإنه لا شك قد أوجد نهضة علمية وعناية بالفقه لم يكن لها وجود من قبل.

(١) مسألة القضاء والقدر تلخص في أن الله سبحانه وتعالى هل قدر أفعال العباد في الأزل قبل خلقهم. هذا ما يقول به أهل السنة، والمعتزلة ينفون ذلك.

(٢) ضحى الإسلام ج ١ ص ٣.

(٣) فابو جعفر المنصور قد آثرهم بعبائهم، والمهدي من بعده يشتد في مناوأة الزنادقة وتبعيةهم، والرشيدي يخص أبا يوسف بصحبته وملازمته ويجعل له ولاية القضاء. بل لقد صب وهو الخليفة الماء على أيدي معاوية الضمير « أحد الفقهاء » وهذا المأمون يشير بين العلماء جدلاً علمياً ويشترك معهم في البحث والمناظرة فقد أثار القول بأن القرآن مخلوق.

ولقد رُصّل تظاهر بعض الخلفاء بالتملق بالفقه والفقهاء في العصر العباسي أن أرسل هارون الرشيد ولديه الأمين والمأمون لينخرطا في حلقة درس مالك بن أنس في مدينة الرسول بعد أن امتنع مالك من أن يتقل إلى بغداد مقر الخلافة والحكم، كما أن هارون طلب إلى القاضي أبي يوسف أحد فقهاء المذهب الحنفي أن يضع له نظماً للضرائب والجباية تتبع في الدولة. فيضع له كتاب «الحراج» يستهله بقوله للخليفة : «إياك والأمر بالهوى والاختل بالغضب، وكن من خشية الله على حذر».

(ر) الموالى وأثرهم في ازدهار الفقه^(١) : تبع الفتح الإسلامى أن كثرت السبايا والإماء حسب النظم التى كانت فى هذه العصور، وحدث الامتزاج الجنسى بين المسلمين الأصليين وبين المسلمين المغلوبين من الأمم فنشأ جيل جديد من المسلمين يختلف فى خصائصه العقلية عن الجيل الذى سبقه، إذ أقام نظرتة فى الحياة على أساس عقلى حتى فى العقائد، كان الموالى أصحاب عقلية تستطيع النفاذ إلى أعماق المسائل الفلسفية^(٢)، ودخل فى البيت العربى عناصر فارسية ورومانية. ولذا فإنه فى الجيل الثانى لعهد الفتح نتج عدد كبير من من سلالة هذه الدماء المختلفة. وكان منهم من يعد من خيرة المسلمين وحملة لواء العلم. ومن ناحية أخرى فكثيرا ما اعتق العرب المسلمون من استرقوهم وأصبحوا موالى لهم^(٣)، بل ومن الملاحظ أن الموالى العتقاء وأبناءهم وأبناء العرب من السبايا قد برعوا فى التفقه والقدرة على استنباط الأحكام^(٤) مستعينين بما عندهم من الثقافة والنباهة والكتابة بمقتضى حضاراتهم التى كانوا فيها قبل أسرهم فى الفتح الإسلامية^(٥).

(١) الموالى فى الاصطلاح الفقهى يطلق بمعنيين : المعتق ويسمى مولى العتاقة، والخليف ويسمى مولى الموالاة، فمولى العتاقة هو رقيق اعتقه سيده فيصير المعتق منسوباً إلى معتقه بالولاء، ويسمى ولاء النعمة. أما مولى الموالاة فهو رجل ينتمى لآخر بالمخالطة أو بالخدمة أو بالمخالفة فينسب إليه أو ينتمى إلى قبيلة من القبائل فينسب إليها.

ويقصد بالمولى هنا كل من أسلم من غير العرب لأنهم إما أن يكونوا أسرى حرب استرقوا ثم اعتقوا فصاروا موالى، وإما أن يكونوا من أهل البلاد المفتوحة وأسلموا وتحالفوا مع العرب لكى يمتزوا بشركتهم وقوتهم، وبذلك يصبحون موالى أيضاً بالخلف والموالاة. راجع الموالى وأثرهم فى الفقه الإسلامى للأستاذ محمد الطيب النجار مطبوع سنة ١٩٤٩.

(٢) راجع نشأة الفكر الفلسفى فى الإسلام للدكتور على سامى النشار، والموالى فى العصر الأموى للأستاذ الشيخ محمد الطيب النجار.

(٣) وفى تبين الحقائق للزليعى : «أن العجم موالى لأن بلادهم فتحت عنوة بأيدي العرب، وكان للعرب استرقاقهم فإذا تركوا أحراراً فكأنهم اعتقوا والموالى هم المعتقون». ويقول الله : «فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم فى الدين ومواليكم» وكان يطلق على زيد بن الحارثة مولى رسول الله

(٤) فعلى بن الحسين والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله كانت أمهاتهم من الإماء اللاتى أصبحن أمهات أولاد، ومع هذا فقد فاقوا أهل المدينة فقها وورعا. راجع المعارف لابن قتيبة ص ٩٤، ٩٥، وراجع الكامل للمبرد.

(٥) مقدمة ابن خلدون ص ٤٨٠.

ولقد كان الموالي ينتمون في بدء الحكم الإسلامي بالمساواة الكاملة مع العرب، وفي هذا الجو الملىء بالعدالة قتل عمر بن الخطاب بيد أعجمية، وكان القاتل أبا لؤلؤة مولى المغيرة بن شعبه، وظهرت من ورائه أصابع الأعاجم ملطخة بدماء عمر، فأيقظ هذا العصية في نفوس العرب.

وتبع هذا أن كان الحكم والقضاء في العرب دون الموالي ونقص نصيبهم في الوظائف^(١) فحدا هذا بالموالي أن يعملوا على السيطرة على الحركة الفكرية ليعرضوا أنفسهم بالعلم عن الألدراء الذي نالهم من العرب، ولعل هذا كان سببا في أن بعضا منهم قد أدخل إلى الإسلام مبادئ غريبة ترجع إلى ديانتهم القديمة مما إوهن قوة العرب وأوجد في الإسلام ما ليس منه.

ولعل اشتغال العرب بالسياسة والحكم وعدم وجود ما يشغل الموالي عن التزود من العلم، مما جعل الكثرة من الموالي على قدر كبير من التفقه والبهرفان. فحملة العلم في العصر السابق وإن كان أغلبهم من الصحابة العرب إلا أنه في هذا العصر كان أكثرهم من الموالي^(٢).

(١) بل فرضت الجزية على من يدخل الإسلام منهم، رغم أن القواعد الإسلامية تمنع أخذ الجزية ممن أسلم.

وإن كان المعروف أن الخليفة العادل عمر بن عبد العزيز عمل على تخليصهم مما كان يحيق بهم من الشر والضرر ورفع عنهم ما فرض عليهم وحارب العصية مما جعلهم يشعرون بالمساواة والعدالة، إلا أن الخلفاء الأمويين من بعده لم ينظروا إلى الموالي نظرة عمر بن عبد العزيز.

(٢) ففي المدينة نافع مولى ابن عمر وكان أعلم فقهاؤها وهو الذي روى عنه أكثر أحاديثه وربيعة الرأي وهو شيخ الإمام مالك والحسن وسليمان بن يسار وأبو مولى ميمونة زوج الرسول ﷺ وفي مكة عكرمة مولى ابن عباس وقد روى أكثر علمه، وعطاء ابن أبي رباح وفي الكوفة سعيد ابن جبيرة مولى بني والبة، وفي البصرة الحسن بن يسار مولى زيد بن ثابت ومحمد بن سيرين، والحسن البصري، وفي الشام مكحول بن عبد الله وهو أستاذ الإمام الأوزاعي الذي كان له مذهب بالشام، وفي مصر يزيد بن حبيب، وكان هو القائم بالافتاء، درس عليه الليث بن سعد، وغير هؤلاء كثيرون علاوة على من سبق ذكرهم ممن جاءوا من أب عربي وأم أعجمية ومع هذا فقد وجد من فطاحل العلماء في هذا العصر من أمثال سعيد بن المسيب وعلقمة وشريح ومسروق والنخعي وغيرهم، راجع في فقهاء الموالي إعلام الموقعين وغيره من كتب طبقات الفقهاء.

الفقه الافتراضي **هذا المصطلح** ، أخذ الفقهاء وخاصة فقهاء الرأي من أهل العراق ينظرون فيما يطرح أمامهم من فتيا ومسائل من جميع وجوهها بل يفترضون مسائل يستبعد حدوثها عقلا ، فيقولون : أرايت لو كان كذا فما الحكم وماذا لو كان كذا؟ .

وافترض المسائل من الفقهاء ومن عامة الناس في العراق كان سببا في تضخم الفقه الإسلامي وكثرة أحكامه كما كان دافعا للفقهاء الآخرين لإبداء رأيهم فيما يفترض حسب أصول مذهبهم عند علمهم بها وإطلاعهم عليها . مع أنهم ييغضون افتراض المسائل لأنهم لا يحبون الاتجاه إلى القياس والرأي إلا عند الضرورة وانعدام النص كما سنبينه بعد ، ولذا فإنهم أطلقوا على فقهاء العراق «الرايين»^(١) .

مصادر التشريع **هذا المصطلح** ، ومصادر الفقه في هذا العهد وإن كانت الكتاب والسنة والإجماع والقياس ، إلا أن هذه المصادر نفسها طرأ عليها في هذا العصر ما طرأ بسبب التدوين والتصنيف : فأصبح القرآن مجموعا متداولاً بين الناس ، وكذا السنة فلإنها قد دوت وبوت ، وإن كانت المذاهب الفقهية قد تمت بحوثها ، ووضعت قواعدها ، وأصلت أصولها قبل أن يتم تمحيص مجموعة السنة^(٢) .

كما أن الفقهاء كانوا إذا لم يجدوا في المسألة المعروضة نصا ولا إجماعا ذهبوا بعد ذلك مذاهب مختلفة في تقديم خبر الواحد^(٣) في السنة على القياس أو العكس .

(١) ويروى عن الشعبي - وهو من فقهاء العراق - أنه قال : «ما كلمة أبغض إلى من أرايت» كما أن أسد بن الفرات قدم على مالك فكان أصحابه يطلبون من أسد بن الفرات أن يسأل إمامهم عن المسألة ، فإذا أجاب يقولون قل له فإن كان كذا فما الحكم؟ وهكذا حتى ضاق عليه يوما فقال له : «هذه سلسلة بنت سلسلة إن أردت هذا فعليك بالعراق» الموافقات للشاطبي ج ٤ / ٢٨٦ .

(٢) أحمد إبراهيم في الالتزامات في الشرع الإسلامي سنة ٤٤ / ٤٥ ص ٦ .

(٣) وهو ما انفرد بروايته عن الرسول واحد أو جمع لا يؤمن تواتره على الكذب ولم يكن مشهورا .

كما أنهم استتجوا من القرآن مصادر أخرى يستند إليها الفقيه عند استنباط الأحكام التي لم ينص عليها أو التي لم يكن النص قاطعا فيها ونظموها في علم أصول الفقه كالاستحسان والمصالح، والعرف، والاستصحاب، وقول الصحابي، وشرع من قبلنا، وسد الذرائع، وهذه كلها وإن كانت مفهومة لمن سبقهم إلا أنها لم تكن ظاهرة واضحة مميزة، ولم تكن لها هذه الأسماء.

على أن فقهاء هذا العصر الذي نتكلم عنه كانوا في الأخذ بذلك أو بعضه درجات، وكان هذا كله من غير شك مما وسع الدائرة الفقهية ونماها.

الفروق بين فقهاء هذا العهد وسابقه ، بينا أن الاختلاف في مسائل الفقه كان محدودا أيام الصحابة لأنهم كانوا يقصرون الفتوى على المسائل الواقعية، وكانوا أكثر من غيرهم معرفة بالقرآن والسنة وفهما لمعانيهما ودراية بأسباب النزول وإن كان من بين أسباب اختلافهم تفاوتهم في استعمال الرأي^(١).

وفتاوى الصحابة الجماعية والفردية التي استعملوا فيها الرأي منها ما تنطبق على القياس، ومنها ما تنطبق على الاستحسان والاستصلاح، وإن كانت هذه الأسماء لم تعرف لهم، فإن الرأي كان يشملها جميعا.

غير أنه في هذا العصر كان الفقهاء مزيجا من أجناس مختلفة، فإذا كان الصحابة مضوا وهم لا يكادون يختلفون في فهم القرآن والسنة، فإن فقهاء هذا العصر أكثر اختلافا لأنهم لم يتعرفوا روح التشريع بطبيعتهم، ولم يعاصروا الوحي وأسباب نزول آياته ولم يعاشروا الرسول فيسمعوا منه حديثا ويأخذوا عنه سنة، بل تلقوها وقد شاعت بينها الأحاديث الموضوعة فاختلّفوا في فهم القرآن والتعرف على السنة الصحيحة ومدى الأخذ بها والاستنباط منها كما اختلفوا في قول

(١) وقد كان الرأي عندهم شاملا لكل ما فيه اجتهاد، فهو ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة الصواب، وقد سبق بيانه.

الصحابي فيما اجتهد فيه منفردا هل رأيه يعتبر حجة ملزمة. وما مدى الأخذ بالرأى وما يتفرع عليه من قياس واستحسان واستصلاح؟ وهل يعتمد على شيء من ذلك دون الآخر، ثم ما حد الإجماع، وهل يمكن تحقيقه بعد الصحابة.

ومع هذا فإن ازدهار الحركة العلمية، واتساع هوة البحث والجدل واختلافهم الواسع في طرق الاستنباط كان سببا في وضع قواعد علم أصول الفقه.

تصوير المذاهب والنهج عن التقليد والتخصيب :

تكونت المذاهب الفقهية من إمام مجتهد، وأتباع ينهجون نهجه، ولم يكن هذا في بادئ الأمر يستوجب خصومة أو يستلزم تعصبا، بل كان كل إمام ينصح تابعيه بأن رأيه وفقهه غير ملزم ولا يجب اتباعه^(١).

(١) راجع للشوكاني القول المفيد في أدلة الاجتهاد والتقليد ص ١٥ وما بعدها.

وهذا أبو حنيفة يقول : «علمنا هذا رأى وهو أحسن ما قدرنا عليه فمن جاءنا بأحسن منه فهو أولى بالصواب» ويقول عندما يسأله أحد تلاميذه : أهذا الذي تفتي به هو الحق الذي لا شك فيه؟ : «والله لا أدري فقد يكون الباطل الذي لا شك فيه»، ويروى لنا ابن القيم أن أبا حنيفة وأبا يوسف قالوا : «لا يحل لأحد أن يقول بقولنا حتى يعلم من أين قلنا».

وكان مالك رضى الله عنه يقول إذا استنبط حكما : «فانظروا فيه فإنه دين، وما من أحد إلا وماخوذ من كلامه ومردود عليه إلا صاحب هذه الروضة» أي الرسول، وروى عن معن بن عيسى أنه سمع الإمام مالكا يقول : «إنما أنا بشر أخطئ وأصيب فانظروا في رأيي، كل ما وافق الكتاب والسنة فخذوا به وما لم يوافق الكتاب والسنة فاتركوه».

وهذا الشافعي يقول لصاحبه الربيع : «يا أبا إسحق لا تقلدني في كل ما أقول وانظر في ذلك لنفسك فإنه دين» وجاء في مقدمة الرسالة للشافعي : وكفاني فخرا أن أنشر بين الناس علم الشافعي مع إعلامهم نهي عن تقليده وتقليد غيره. ويروى أنه قال : «ما صح عن النبي أولى بالاتباع، ولا تقلدوني، وإذا صح خبر يخالف مذهبي فاتبعوه واعلموا أنه مذهبى».

ويقول الإمام أحمد بن حنبل لأتباعه : «انظروا في أمر دينكم فإن التقليد لغير المعصوم مذموم وفيه عي للبصيرة» ويقول : «لا تقلدني ولا مالكا ولا الشافعي ولا الثوري وخذ من حيث أخذوا».

وقد كان لهذا النص أثره في صفوف التلاميذ الأول الذين ساعدوا باجتهادهم في تكوين المذاهب وعملوا على تكميلها، وتعليل الأحكام المنقولة عنهم، واستخلاص القواعد، وإن كان اجتهاد الأئمة ومن عاصروهم اجتهادا مطلقا يرجع الفقيه في استنباط الأحكام إلى كتاب الله وسنة رسوله مع ملاحظة ما يكون قد أجمع عليه الصحابة دون التزام برأى خاص.

وكان آخر هؤلاء داود الظاهري البغدادي، ومحمد بن جرير الطبري، وهما وإن عاصرا الطبقة الثانية من أصحاب الأئمة وتلمذا على المذهب الشافعي إلا أن كلا منهما قد رجع في اجتهاده إلى كتاب الله وسنة الرسول دون أن يقيد نفسه برأى خاص أو مسلك معين.

إلا أنه مع ذلك قام في كل مذهب فريق يجتهدون في المذهب نفسه مستنبطين أحكام ما جد على قواعد الإمام، وكثيرا ما كانوا يخالفون باجتهادهم ما ذهب إليه إمامهم في أحكام الفروع والجزئيات دون الأصول والقواعد.

وإن كان من هؤلاء مَنْ تَمَذَّبَ بمذهب معين وعمل على نشره وتخريج أحكامه والتفريع على قواعده، ومناظرة الغير ومحاجته لنصرة مذهبه، إلا أن منهم من كان اجتهاده في المذهب نفسه كما أشرنا.

على أن النوع الأول انقرض من المذهب الحنفي، ونادر في مذهب مالك في طليعة القرن الرابع، وبقي إلى ما بعد ذلك بفترة طالت أو قصرت في مذهب الشافعي. وعلى وجه العموم فقد تكونت المذاهب وتبعها الناس في أماكن مختلفة قلة وكثرة حسب قوة الدعاية ونصرة الأتباع، وعلاقة الحكام بالمذاهب، ومن هنا بدأ التعصب المذموم.

المبحث الرابع

فترة التقليد والجمود

انحلال الدولة وأثره في الفقه :

لقد كان لاردهار الفقه ونحور الفقهاء في الفترة السابقة رد فعل إذ بدأ في منتصف القرن الرابع الهجري يدب الضعف في جسم الدولة الإسلامية، وأخذت عوامل التفرقة والانهيار تسرى في كيان الدولة، فتفككت وأصبحت دولا متفرقة داخل دولة هزمت وهزلت^(١)، والخلفاء وقعوا تحت سيطرة الأتراك حيناً، وتحت سيطرة الديلم من بنى بويه حيناً آخر، وأتت بعد ذلك غارة التتار فقصت على البقية الباقية.

وتبع هذا الانحلال السياسي أن مات في نفوس الفقهاء تدريجياً الاستقلال الفكري وركنوا إلى التقليد وبعثوا عن الاجتهاد شيئاً فشيئاً حتى قفل باب الاجتهاد وأصبح الفقيه يلتزم مذهبا معينا، بل أفتوا بمنع انتقال المقلد من مذهب إلى مذهب.

ولم لا؟ وقد ترك السلف من الفقهاء ثروة فقهية طائلة، وافترضوا الكثير من المسائل والصور، واستنبطوا أحكامها، وقد دوت جميعها ورتبت وأصبحت سهلة المنال مسيرة السبل. فلم إذا الاجتهاد والاجتهاد ما دامت الحياة في عهدهم أصبحت ركوداً بعد حركة، واضطراباً بعد استقرار، وما دامت هذه الاضطرابات القوية العتيفة أطاحت بالنشاط العلمي تبعاً للنشاط السياسي ورجعت بهم القهقري، فبعد أن كانوا قد وصلوا بفقههم ذروة المجد أبدلتهم من قوتهم ضعفاً ومن نشاطهم فتوراً، ومن شبابهم شيخوخة، أماتت فيهم روح الاستقلال الفكري وحرية الرأي.

(١) فالامويون بالأندلس والفاطميون بشمال إفريقيا والإخشيديون بمصر، ولم يكن حظ العراق نفسها التي فيها بغداد عاصمة العباسيين بأقل من باقي رقعة الدولة الإسلامية في الانقسام والتجزؤ فوجد بها دولة السلاجقة.

التقليد والتعصب وأثر ذلك :

تأثر الفقهاء بما أصاب الدولة في جميع شئونها، وتركوا أعمال الفكر والاجتهاد، وركنوا إلى تقليد الأئمة حتى في القضاء، فلما بعد أن كان الخليفة يختار قضاته من المجتهدين أصبح القضاة يولون من أتباع مذهب معين بحيث يتقيد القاضي في قضائه بأحكام هذا المذهب ويكون معزولا عن كل قضاء يخالفه^(١).

على أن فقهاء هذا العصر حصروا أبحاثهم في دائرة ضيقة محدودة كل في حدود مذهب فقيه سابق لا يحيد عنه، وأصبح في نظرهم أن الآراء التي في المذاهب الأخرى خاطئة، وأن كل ما قاله الإمام الذي يقلده صحيح لا يحتمل الشك، وقد وصل هذا التعصب المذهبي إلى أن يقول الكرخي^(٢) الفقيه الحنفي: «كل آية أو حديث يخالف ما عليه أصحابنا فهو مؤول أو منسوخ». فأصبحت عبارة أئمتهم مصدرا يتخذون منه أحكامهم، بل وصلوا في التحيز للأئمة السابقين إلى درجة التشاحن في جدلهم، وأخذت العصبيّة تزايد إلى أن بلغت التقاتل^(٣) وامتد هذا العصر حتى أواخر القرن الهجري الثالث عشر وبذا يكون للأسف أطول عصر مر به الفقه.

وشخصية فقهاء هذا العصر وإن كانت قد ذابت في شخصية أئمتهم وأصبح همُّ الفقيه وغايته أن يطبق على قاعدة إمامه ويقيد بحثه العلمي بفكرته، إلا أن هذا العصر لم يحرم من فقهاء لا يقلون شأنًا عن سابقينهم في عمق الفكرة وحسن

(١) وهذا التقيد وإن كان من الناحية التنظيمية عملا جميلا لأنه يجعل المتقاضين على بصيرة من الأمر في موضوع خصوماتهم، ويبين لهم ما تخضع له معاملاتهم إلا أن الأفضل والأرعى لمصالح الناس أن يوضع قانون إسلامي يلتزم به القاضي، على أن تجمع لجنة تشريعية من الفقهاء المتخصصين من مختلف المذاهب مواد هذا القانون من الفقه الإسلامي على مختلف مذاهبه وما فيه من آراء. وهذا ما قصده ابن المقفع حين كتب إلى المنصور كتابه المشهور في هذا الشأن ونعله مما يؤيد هذه الفكرة ويعتبر سنداً لها ما روى من أن علي بن أبي طالب سأل الرسول عن الأمر ينزل بهم ولم ينزل فيه قرآن ولا سنة. فقال عليه السلام: «اجمعوا العالمين من المؤمنين، فاجملوه شورى بينكم ولا تقضوا فيه برأى واحد».

(٢) أبو الحسين الكرخي توفي سنة ٣٤٩ هـ وكانت له رئاسة الفقه الحنفي بالعراق.

(٣) ابن الأثير ج ٨ ص ١٠٦.



الاستنباط^(١) والقدرة على الاجتهاد، ولكنهم مع هذا كان ينقصهم الجرأة والشجاعة في إعلان الرأي وتقبل النقد.

ومع هذا فقد كان لفقهاء هذا العصر من الأعمال الجليلة ما أفاد الفقه والمشتغلين به، فقد جمعوا الآثار ورجحوا بين الروايات، واستنبطوا علل الأحكام واستخرجوا من شتى المسائل أصول أئمتهم، كما أفتوا في مسائل كثيرة لم يكن لأئمتهم فيها نص، كما شاع بينهم الجدل والمناظرة^(٢).

مراحل هذا التقليد والجمود : قلنا إن ترك الاجتهاد كان تدريجيا فكان الفقهاء ما بين منتصف القرن الرابع الهجري إلى منتصف القرن السابع - حيث سقطت بغداد في أيدي التتر، وقتل المعتصم وهو آخر الخلفاء العباسيين - يتجهون إلى التقليد لأن أئمتهم قد تركوا لهم ثروة فقهية واخرة، كما أن الدولة كانت تعين في القضاء والإفتاء وبعض المناصب من أتباع المذهب الحنفى في الشرق ومن أتباع المذهب المالكي في الأندلس وبلاد المغرب، بل نادوا بترك الاجتهاد ومنعه، وانفقوا على ذلك، لما وجدوه من فوضى الإفتاء حيث فقدت الدولة سيطرتها على جميع شئونها ومنها الوظائف الدينية فتعرض للإفتاء من ليس أهلا له. وبهذا بدأ الفقه الإسلامى يتفصل عن الحياة العملية ويسير في اتجاه نظرى بعيد عن الحياة.

وباب الاجتهاد وإن كان قد أغلق في هذا العهد، وركن الفقهاء إلى التقليد إلا أنهم تدرجوا في ذلك فقد كان لكثير من فقهاء المذاهب في هذه الفترة أبحاث فقهية نفيسة قائمة على أصول مذاهبهم، وقد يخالفون في تخريجها ما وصل إليه إمامهم نفسه مما سمي اجتهادا مقيدا أو اجتهادا مذهبيا، كما أن فقهاء هذا العصر عنوا بتعليل الأحكام المنقولة عن أئمتهم وفرعوا عليها واستخلصوا قواعدهم،

(١) يدل على أن روح الاجتهاد لم تمت دفعة واحدة: أن دخل بعض أهل العلم على بعض الخلفاء العباسيين وعنده مغن، فقال: إن مالكا رحمه الله يمنع سماع الغناء، فقال المغنى: ما تعبنا الله بقول مالك، ولا أوجب علينا تقليده، وهات دليلا من الكتاب والسنة فالله يقول: ﴿واتبعوا أحسن ما أنزل إليكم من ربكم﴾.

(٢) راجع عصر المأمون للدكتور الرفاعي.

وقاموا بالتخريج لتفصيل قول مجمل أو بيان حكم مبهم فيزيلون ما فيه من خفاء أو لبهام، ورجحوا بين ما روى عن الإمام في المسألة الواحدة من أحكام مختلفة، وعلى وجه الإجمال فإن هذه الفترة كانت فترة تنظيم وترتيب للفقہ المذهبي فقد جمعت شتاتها وعللت مسائلها وخرجت المسائل التي وجدت عندهم على أصولها، وتفرغ بعض الفقهاء للترجيح بين الآراء والأقوال المختلف فيها في مسألة واحدة في المذهب، كما أنها فترة شغل الفقهاء فيها بالدعاية إلى المذاهب التي يتبعونها إليها حتى ألفوا الكتب في مناقب أئمتهم وأصدروا الفتاوى بمنع انتقال المقلد من مذهب إلى مذهب.

ثم جاءت المرحلة الثانية، وهي تبدأ من وقت سقوط بغداد في يد المغول سنة ٦٥٦ هـ واستمرت حتى أواخر القرن الهجري الماضي، وكان الفقهاء في هذه المرحلة يسمون بالمتأخرين، وانتقلت مراكز العلم في ذلك العصر من بغداد وبخارى ونيسابور إلى كثير من مدن مصر والشام والهند وآسيا الصغرى وإفريقيا، تبعاً لاضطهاد المغول الفاتحين - وكانوا مجوساً لم يدخلوا الإسلام بعد^(١) - لرجال الدين خاصة مما جعلهم يتزحون إلى هذه الأقطار.

وكان اجتهاد المجتهدين منهم ينحصر في العمل على التمييز بين الضعيف والقوى وظاهر الرواية، واهتموا بتصنيف المختصرات حتى صارت الغاراً فعكفوا على شرحها ثم على شرح الشرح. ولذا نجد في هذه الفترة المتون^(٢) والشرح والحواشي، كما وجد في هذا العصر نوع آخر من التصنيف وهو جمع الفتاوى وبيان سند أحكامها وتبويبها كالفتاوى الهندية، والخيرية، والمهدية، وغيرها مما أفاد الفقہ المذهبي خاصة، ووضع تحت أيدينا مكتبة فقهية راخرة بمختلف الكتب نعز بها حتى وقتنا الحاضر.

(١) إلا أنهم أسلموا بفضل فقهاء الأحناف وتبع عن إسلامهم أن عنوانا بالفقہ وكتبه.

(٢) الأصل في المتن هو جمع المسائل الأولية البسيطة وصياغتها بعبارة سهلة، ولكنها انقلبت إلى طريقة تعقيد والغار مما جعل المتن في حاجة إلى من يشرحها ثم الشروح بدورها في حاجة إلى من يجمع لها الحواشي

ومع هذا فقد تأثر الفقه بهذا الجمود وأصبح بعيدا عن واقع الحياة في أغلب ما استحدث بين الناس من معاملات واتصالات، كما تأثر الناس أنفسهم فأصبحوا يضيقون مما هم فيه من حيرة بين رغبتهم في الدين وضرورة مسايرتهم للحياة. وكل هذا أحدث بلبلة في الفكر وأوجد مجالا للتلاعب وتسخير القواعد والنظم الشرعية لأهوائهم مما نبه ولى الأمر إلى استعمال حقه الشرعى في الحد من شمول بعض الأحكام وتطبيقها، وأمر القاضى باتباع رأى معين في المذهب في مسألة فيحكم بمقتضاه ولو كان ضعيفا ما دام يساير مصالح الناس، ومن هذا صدور الأمر بمنع سماع الدعوى بعد الزمن المعين وعدم نفاذ وقف المدين فيما يتوقف عليه تسديد الدين.

وقد كان هذا بداية التحمّاء إلى تقنين أحكام الفقه الإسلامى فى مواد على نمط القوانين، فتذكر المادة الحكم مجردا عن ذكر الخلافات أو التعليل.

هذا وينبغى أن نصف هذه القرون التى وصفنا الفقه فيها بالجمود والتقليد الصرف، ونقول بأنها لم تخل من فقهاء متحررين حاربوا التقليد وحملوا عليه ونادوا بالرجوع إلى الكتاب والسنة، وهؤلاء الأشخاص وإن حاربوا وكانوا مثار نقد فقهاء عصرهم فلمنهم أبلوا وأثروا وأصبح أثرهم أبرز ما فى هذه العصور وأفضلها، فهذا ابن تيمية المتوفى سنة ٧٢٨، ومن آثاره الفقهية فتاويه التى جمعت وطبعت وعرفت بفتاوى ابن تيمية، وهى فى الواقع تمثل الناحية التطبيقية العملية من الفقه لأنها إجابة عن حوادث وقعت فى عصرهم، ومشاكل جدت عليهم، وهذا ابن القيم المتوفى سنة ٧٥١ صاحب إعلام الموقعين والطرق الحكمية فى السياسة الشرعية وهما من أكمل الكتب وأعمقها.

طبقات الفقهاء : طبقات الفقهاء تختلف تبعا لاختلاف المذاهب واعتبرها فقهاء الأحناف سبع طبقات^(١) :

(١) المجتهدون اجتهدا مطلقا : وهم الأئمة ومن اتبع طريقهم فى استنباط الأحكام من مصادرنا الأصلية : كتاب الله وسنة رسوله.

(١) راجع ابن عابدين على الدر المختار ١ ص ٥٧.

(٢) المجتهدون في المذهب : كأصحاب الأئمة فهم قد يخالفون الأئمة في شيء من أحكام الفروع التي يستنبطونها لكن لا يخرجون عن أصولهم.

(٣) المجتهدون الذين انحصر اجتهادهم في استنباط المسائل التي وجدت ولم يرد فيها رأى لإمامهم، أما المسائل التي ورد فيها رأى لإمامهم فلا يناقشونها، وهؤلاء كالخصاف والطحاوي، والكرخي، والسرخسي من فقهاء الأحناف.

(٤) ثم ضاقت بعد ذلك دائرة التفكير، وانحصرت في الاجتهاد في استخراج علل الأحكام التي جاءت في المذاهب فيزول ما فيها من خفاء وغموض، فيقومون بتفصيل قول مجمل، أو بيان حكم مبهم، ويسمون بأصحاب التخريج كالخصاص «الرازي».

(٥) ثم انحصر اجتهادهم بعهد ذلك في ترجيح إحدى روايتين في المذهب على الأخرى لأنها أصح رواية أو لأنها أرفق بالناس كالقدوري والميرغيناني من فقهاء الأحناف.

(٦) ثم أصبح عمل الفقيه واجتهاده ينحصر في التمييز بين الضعيف والقوى وما هو ظاهر الرواية، وهؤلاء كأصحاب المتون المعتبرة من الفقهاء المتأخرين، الذين كانوا في المرحلة الثانية من عصر التقليد.

(٧) الفقهاء المقلدون تقليدا تاما دون ترجيح أو تمييز الضعيف من غيره كسائر المصنفات التي جاءت في أواخر عصر التقليد.

أسباب جمود الفقهاء في هذا العصر :

١ - انصراف فقهاء هذا العصر إلى الانتصار للأئمة والتعصب لهم ومهاجمة الآخرين الذين يخالفونهم.

(٢) تهيب العلماء نقد زملائهم، فكان إذا طرق أحدهم باب الاجتهاد انقض عليه وهاجمه فريق من هؤلاء بدافع من الحماية الدينية أو الغيرة والحقد.



(٣) انحلال الدولة أو فقدها أن يكون لها من النظم ما يتعين به المختص بالفتوى، فتصدى للإفتاء من صلح له ومن لم يصلح، فتعارضت الأحكام حتى كان القضاء يختلف في الحادثة الواحدة في البلد الواحد، وكله باسم الدين مما بلبل الأفكار وأزعج العلماء، فرأوا منعا لهذا الفساد سد باب الاجتهاد وألزموا كل من يتصدى للفتوى بالتقيد بأحكام الأئمة السابقين.

(٤) الدعاية التي قام بها تلاميذ الأئمة السابقين لنشر مذهب أئمتهم والاستعانة في ذلك بالحكام في بعض الأحيان، فكثيرا ما أنشئت المدارس وقصر التعليم فيها على مذهب معين، وخصصت للعلم المكافآت، مما أدى إلى التسابق عليها، والانصراف عن غيرها، والتفاني في إعلاء شأنها والخط من غيرها.

المبانی الفاس

النهوض بالفقہ وسجاولة تقنین احكامه

لم يكن الخروج عن التقليد والجمود طفرة، وإنما كان تدريجيا شأنه في ذلك شأن التقليد نفسه، فقد جاء تدريجيا بعد الازدهار السابق. وهذه النهضة وإن ظهرت محاولات في القرون السابقة تهدف إليها إلا أنها كانت محدودة وتظهر في دوائر ضيقة، حتى بدأت نهضة شاملة في الوطن الإسلامي والوطن العربي بعد أن استيقظ الوعي القومي وأدرك المسلمون والعرب ما وصل إليه حالهم، فكانت حركات انبعائية في الدول الإسلامية أساسها النهوض بالدين وخاصة في المناطق الصحراوية، ففي الحجاز كانت الحركة الوهابية^(١) في قلب نجد تنادي بمحاربة الموبقات والبدع وتطهير الإسلام مما أدخل عليه، والرجوع إلى الكتاب والسنة وما كان عليه السلف الصالح، وكذلك ظهر في ليبيا محمد بن إدريس السنوسي الذي طاف في مطلع القرن الهجري الماضي شمال إفريقيا داعيا الناس إلى تطهير الدين بما علق به، ومما أدخله الأعداء عليه، ويناشدهم الرجوع إلى كتاب الله وسنة رسوله وما كان عليه السلف الصالح، وفي السودان قامت بعد ذلك حركة إصلاح أساسها الدين قام بها المهدي، وكانت أيضا تهدف إلى العودة بالإسلام إلى بساطته وسماحته، والرجوع في استنباط الأحكام إلى الكتاب والسنة، وفي مصر نجد السيد جمال الدين الأفغاني^(٢)، وقد وفد إليها واتصل به الكثير من ساستها وعلمائها المتشوقين إلى التحرر، وكان من أبرزهم الإمام محمد عبده (١٨٤٩ / ١٩٠٦) فعملوا على الدعوة للمذهب السلف الصالح والرجوع إلى المصادر الأصلية في الاستنباط، كما عملوا على محاربة الجمود والتقليد، وقد كتب محمد عبده في

(١) قام بها محمد بن عبد الوهاب التميمي النجدي المتوفى سنة ١٢٠٦.

(٢) محمد جمال الدين بن السيد صفر ولد سنة ١٨٣٨ بأسمد آباد ومات بالاستانة في

١٨٩٦/٣/٩ راجع للمؤلف جمال الدين الأفغاني باعث النهضة الفكرية في الشرق طبع سنة

١٩٣٧ بمصر.



مجلتهم العروة الوثقى يقول : «إن المقلدين من كل أمة المتحلين أطوار غيرها يكونون فيها منافذ وكوى لتطرق الأعداء إليها، وتكون مداركهم مهابط الدسائس»، ومن هذا ما جاء في المنار للسيد رشيد رضا : «لن يستطيع شعب إسلامي أن يتحمل أنقال تقليد المقلدين للمذهب واحد».

وهكذا فقد حملت هذه المدرسة حملة قوية على التقليد والجمود ودعت إلى التحرر، وعملت على التقريب بين مختلف المذاهب الإسلامية، واستمداد الأحكام المسيرة لمصالح الناس من مجموعها.

وهكذا في سائر البلاد الإسلامية وجد في هذا العصر علماء متحررون رغبوا في أن يساير الفقه الإسلامي طبيعته وخصائصه فيخضع كل ما جد في الحياة من شئون وحوادث لأحكامه حتى تكون تحت يد رجال التشريع في كل أمة إسلامية.

وعلى هذا فإننا نستطيع أن نقول أن نهضة الفقه الإسلامي في هذا العصر تجلت في أمرين : الأول الدراسة والتأليف، والثاني محاولة تقنين أحكامه دون التقيد بمذهب معين، وستكلم عن هذين الأمرين بشيء من التفصيل.

الأول ، دراسة الفقه في هذا العصر والكتابة فيه ،

(١) دراسة الفقه في هذا العصر ، من أهم مظاهر النهوض بالفقه الإسلامي في عصرنا الحاضر العناية بدراسته، وإن كان الأزهر - وهو الجامعة التليدة الخالدة التي سهرت على حمل راية العلوم الشرعية والعناية بها ما يزيد عن الألف سنة - قد بلغت به الشيخوخة ما أكل بمنكبه، فخارت قواه وضعف جسده إلا أنه في الحق قد بدأ أخيراً يحس بالحياة وينهض من سباته فاستعاد قواه أو كاد يستعيدها، وغير مناهجه، ونظمت الدراسة فيه إلى ما فيه خير، وما يبشر بمستقبل زاھر إن شاء الله . وها هي البعثات من الأزهر إلى سائر البلاد والأوطان تذهب ونجى فتفيد وتستفيد، ونحن نرجو له الفلاح والكمال، ونطمح أن يعمل القائمون على أمره على إصلاح ما بقى في حاجة إلا إصلاح من العناية بالطالب في درسه

والمسايرة بالمنهج مع مقتضيات الحياة، والعناية بدراسة اللغات عناية تمكن أبناء من نشر فقههم ومبادئ دينهم، وتخول لهم القدرة على الاطلاع على ما ينشر عن الفقه الإسلامى بغير اللغة العربية، وقد يحقق تطوير الأثر أخيرا إلى جامعة شيئا من ذلك الإخلاص وحسن النية.

والحق أن دراسة الشريعة الإسلامية أو الفقه الإسلامى بالمعنى الأدق بكليات الحقوق بالجامعات المصرية، أفاد الفقه الإسلامى فائدة عظيمة إذ امتزج القائمون على دراسته بحكم اتصالهم ورمالتهم بالقائمين على دراسة القانون، وقرأ كل منهما للآخر، فتج عن ذلك فقه مقارن، وسع المدارك وعمق الفكرة، ولا أنكر أنه دفع أساتذتنا الأوائل أن يكتبوا عن النظريات العامة فى الفقه، ويجمعوها من مختلف الأبواب والمسائل، كما دفعنا نحن من بعدهم أن نسير فى نفس الطريق بخطى واسعة.

ومن جهة أخرى فإن إيجاد دراسات عليا للشريعة فى كليات الحقوق كان أجل عمل خدمت به الجامعة الفقه الإسلامى وأفضله، إذ فيها يصقل الطالب، ويمكن أن يتكون له ذوق فقهى، ويستطيع أن ينظر إلى البحث والاستقصاء، وها هى ذى الرسائل العديدة التى قدمت فى كلية حقوق القاهرة فى مواضع مختلفة فى الشريعة تنطق بعظم فائدة هذه الدراسة.

الفقه المقارن والاتجاه إلى الدراسات ، نقصد بالفقه المقارن هنا العلم بالاحكام الشرعية من حيث معرفة مختلف الآراء فى المسألة الواحدة ودليل كل رأى، والقواعد التى تركز عليها هذه الآراء، مع موازنة كل ذلك، واختيار أقربها للحق ومقابلته بالقوانين المعمول بها فى بلادنا والبلاد المتحضرة.

وإن كان الفقهاء قديما قد عرفوا شيئا من ذلك فى كتبهم التى عرضت لأراء الأئمة المجتهدين وأدلتهم والموازنة بينها إلا أن ذلك وخصوصا بعد القرن الرابع الهجرى كان مجرد انتصار كل فقيه لرأى إمامه، ومحاولة تحطيم أدلة الأئمة

الآخرين، فلم يكن هناك ترجيح رأى على آخر لرجحان الدليل نفسه، وإن حدث شيء من ذلك فى إحدى الفترات على ما قدمنا فلنما كان فى آراء المذهب الواحد، كما أنه لم تكن هناك موازنة لاختيار أقرب الآراء للحق ومسايرة لمصالح الناس، لأنهم قد أفتوا بأنه لا بد من التقليد وأنه لا يجوز تقليد غير المذاهب الأربعة التى عرفت واطمان إليها أهل السنة، بل أفتوا بأن من قلّد مذهباً منها ليس له أن يتقلّد إلى مذهب آخر أو يقلّده فى بعض المسائل إلا بشروط، وإن المتأخرين من الفقهاء ليس لهم أن يبحثوا أو يرجحوا فيما بحثه المتقدمون أو رجحوه، حتى ذهبوا إلى أبعد من ذلك، فقد جاء فى كتاب الدر المختار فى الفقه الحنفى «من ارتحل عن المذهب الحنفى إلى المذهب الشافعى يعزر»^(١).

وهذا الفقيه عز الدين بن عبد السلام يصور لنا ما قلناه فيقول : «إن الفقهاء المقلدين يقف أحدهم على ضعف مأخذ إمامه بحيث لا يجد لضعفه مدفعاً وهو مع ذلك يقلّده فيه ويترك من شهد الكتاب والسنة له، ويتأولهما بالتأويلات البعيدة الباطلة نضالاً عن مقلده»^(٢).

وعلى هذا فيمكن القول بأن المقارنة الفقهية قد عرفت عند الفقهاء بصورة متواضعة ولا تهدف إلى ما تهدف إليها المقارنة التى نقصدها، والتى تهدف إلى موازنة مختلف الآراء والأدلة على مصادر الفقه الأصلية ومقاصد الشريعة ومناقشة كل ذلك للوصول إلى معرفة الرأى الذى يصادف الحق ويتلاقى مع مسايرة مصالح الناس ومقابلة ذلك بما جاء فى مختلف الشرائع والقوانين.

طوائف الفقه المقارن وفوائده ، أما دراسة هذا النوع من الفقه فقد اتجهت إليه مصر كما اتجه إليه الكثير من الأمم الإسلامية حيث راد الوعى الإسلامى، وأصبح المفكرون والمقنتون يتهافتون على التعرف على نظريات الفقه الإسلامى

(١) على هامش ابن عابدين ج ٤ ص ٢٠٧، والتعزيز عقوبة غير مقدرة تجب حقا لله أو لأدمى فى كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة، وقد سبق.

(٢) أشار إليه الأستاذان محمود شلتوت، ومحمد السائس فى مذكرتهما عن مقارنة المذاهب فى الفقه، مطبوع سنة ١٩٣٦.

وسبر غورها والاستفادة منها. ومن وراء ذلك دور التعليم الجامعية المختصة بدراسة الفقه والقانون، فقد سلكت هذا المسلك ومنها من توسع فيه، فهذه كليات الحقوق في جامعات الجمهورية العربية المتحدة أصبحت دراسة الفقه فيها تتجه إلى المقارنة في الكثير الغالب وخاصة في دبلوم الشريعة بكلية حقوق القاهرة الذي يتعمق في هذه الدراسة والدبلومات الأخرى التي تنظم الكلية الدراسة فيها، فقد جعلت من موادها بعض موضوعات من الشريعة^(١). وهذه كلية الشريعة بالجامعة الأزهرية وخاصة في قسم الدراسات العليا، فإنهم يدرسون الأحكام الفقهية وأدلتها عند مختلف المذاهب والآراء، ويعرضونها على ما في كتاب الله وسنة الرسول، وهذا المعهد العربي للدراسات الإسلامية يعمل أيضا لهذا الغرض.

وهذا النوع من الدراسة يبين لنا مبلغ التشابه في قواعد النظم القانونية بين شرائع الأمم، وهو طريق إلى معرفة ما تطمئن إليه النفس من الأحكام، واختيار أقواها دليلا وأكثرها تحقيقا لمصالح الناس، والتقريب بين المذاهب الإسلامية بعد أن بعدت بينها الشقة، كما أنها دافع إلى التعمق في دراسة الشريعة من كل المشتغلين بالفقه الإسلامي أو القوانين الوضعية، ودافع للفقهاء الشرعيين على مراجعة تلك القوانين ومقابلتها على النظريات الشرعية، فوق أنه يعين على تكوين ملكة الفقه والاستنباط عند الدارس الباحث حتى يتمكن من التخيير والترجيح.

هذا من ناحية تدريس الفقه: وأما الكتابة فيه فقد أخذت في عصرنا الحاضر صورة تتناسب مع الكتابة في سائر المواد من حيث تناول النظريات والكتابة عنها، ومن حيث التعمق في جزئية ما، والبحث وراءها في مختلف الفروع وسائر المذاهب والآراء مع المقارنة في كل ذلك بما جاء في كتب القانون. فهذه الرسائل العديدة التي كتبت في الشريعة الإسلامية أو التي كتبت في القوانين الأخرى

(١) كاصول الفقه في دبلوم الحاص، ونظم الحكم في الإسلام في دبلوم العام، والجناحي الإسلامي في الجنائي.



مقارنة ما فيها بالشريعة الإسلامية، وهذه الكتب التى أخرجها المشتغلون بالفقه فى عصرنا الحاضر من باحثين وأساتذة لمجدها قد طبعت بطابع يحجب فى قراءتها ويبعدها عن مسلك المتون والشروح والخواشى كما يبعدها عن التعصب والتأثر، فنجد الكاتب يكتب غير متأثر فيما يكتب أو يرجح أو يخرج بمذهب خاص أو رأى معين. وإنما يتلمس الحكم الذى يؤيده الدليل ويساير مصالح الناس مع عرض مختلف الآراء وأدلتها ومناقشتها.

وبالتدريس والتأليف على هذا الوضع نستطيع أن ننفذ الغبار من حولنا ونغيث اللثام عن فقهننا، ونظهره للعالم بنوره الوضاء وقوته المستمدة من قوة مصادره، كما أننا نستطيع مواجهة الحياة بما جد فيها بقوة وشجاعة وثبات، وأن نطبق أحكام فقهننا على كل جديد وفى كل بلد، وهذا دون شك بشير خير، وبداية عصر ذهبى جديد للفقه الإسلامى. وفق الله العلماء المخلصين للحق فى كل مكان.

الثانى : محاولة تقنين الفقه الإسلامى طون التقييد بمذهب

معيّن :

فى الواقع أن هذه المحاولة لم تكن جديدة وليدة هذا العصر، وإنما هى قديمة جدا، فقد ظهرت فى القرن الهجرى الثانى فى العصر العباسى، كما ظهرت مرة أخرى فى أوائل القرن الحادى عشر الهجرى وإن كان فى إطار ضيق وفى دائرة مذهبية، ثم ظهرت فى أواخر القرن الهجرى الثالث عشر بشكل أوضح بعض الشيء، حتى تجلّت فى عصرنا ووضحت، وهذه الخطى سريعة نحو تحقيق هذا الهدف، وإنه لفاتحة خير للفقه الإسلامى، وإنه فيما اعتقد هو الذى سيوجه رجال التشريع فى الدول الإسلامية إلى الاحتكام إلى الفقه الإسلامى واللجوء إليه، وستكلم عن هذه المحاولات.

محاولة ابن المقفع ، في القرن الهجري الثاني في بدء العهد العباسي كتب ابن المقفع^(١) إلى الخليفة أبي جعفر المنصور رسالة دعا فيها إلى وضع قانون عام لجميع الأمصار يؤخذ من الكتاب والسنة وعند عدم النص يؤخذ من الرأي على ما يقتضيه العدل ومصلحة الأمة، لما لاحظته من تباين الآراء واختلاف الحكم في المسألة الواحدة، وفيها يقول : «ما ينظر فيه أمير المؤمنين من أمر هذين المصرين وغيرهما من الأمصار والنواحي، اختلاف هذه الأحكام المتناقضة التي قد بلغ اختلافها أمرا عظيما، فلو رأى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الأقضية والسير المختلفة فترفع إليه في كتاب، ويرفع معها ما يحتاج به كل قوم من سنة أو قياس، ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك، وأمضى في كل أقضية رأيه ونهى عن القضاء بخلافه، فكتب بذلك كتابا جامعا رجونا أن يجعل الله هذه الأحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكما واحدا صوابا»^(٢).

غير أن هذا الاقتراح لم يجد له رواجاً في ذلك الحين لإباء الفقهاء أن يتحملوا تبعة إجبار الناس على تقليدهم، وهم الذين يحذرون تلاميذهم من التعصب لأرائهم، كما أنهم تورعوا وخافوا أن يكون في اجتهادهم خطأ، وليس هذا تقنيا وضعا وإنما هم يصدد شريعة سماوية.

محاولة الخليفة أبي جعفر المنصور وهارون الرشيد ، لما حج أبو جعفر المنصور سنة ١٤٨ هـ طلب إلى الإمام مالك أن يحمل الناس على مذهبه فأبى مالك وقال : «إن لكل قوم سلفا وأئمة فإن رأى أمير المؤمنين قرارهم على حالهم فليفعل» فانتع الخليفة بما قال مالك أو تظاهر بذلك، ولم يعمل على تنفيذ هذه الفكرة.

وفي سنة ١٦٣ هـ وقد ذهب أبو جعفر للحج مرة أخرى فأعاد عرض فكرته الأولى على الإمام مالك وقال له : «يا أبا عبد الله ضع الفقه ودون منه كتبنا وتجنب شدائد عبد الله بن عمر، ورخص عبد الله بن عباس، وشوارد عبد الله

(١) كان فارسي الأصل كاتباً قديراً، نقل كثيراً من الكتب الفارسية إلى العربية وتوفي سنة ١٤٤ هـ.

(٢) تاريخ القضاء في الإسلام لعرنوس ص ٨٤/٨٥.



ابن مسعود، واقصد إلى أواسط الأمور وما اجتمع عليه الأئمة والصحابة، لتحمل الناس إن شاء الله على عملك وكتبك، ونبشها في الأمصار ونعهد إليهم ألا يخالفوها»^(١).

لكن مالكا رفض أن يحمل الناس على مذهبه وبقي عند رأيه.

وفي عهد هارون الرشيد تكررت هذه الفكرة وطلب الخليفة من الإمام مالك ذلك فأصر على موقفه - رغم إخراج كتابه الموطأ، ورغبة الخليفة أن يورع منه نسخا على الأمصار ويجعله مرجعا للقضاء أو الفتوى - وقال: «إن أصحاب الرسول اختلفوا في الفروع وتفرقوا في البلدان وكلٌ مصيب».

ويبدو لنا أن ما اتجه إليه الخليفة كان فيه انحراف عما قصده ابن المقفع إذ الخليفة قد طلب من مالك أن يكون كتابه الموطأ مرجعا للقضاء والفتيا في مختلف الأمصار، وهذا يفيد حقا جمع الناس على رأى واحد يختار من مجموعة الآراء الفقهية ويلاحظ فيه مسيرته لمصالحهم.

بقي الأمر على ما هو عليه من اختلاف الحكم في المسألة الواحدة، كما تعصب التلاميذ والأتباع لأئمتهم وأصبح التقليد هو الأساس، وقفل باب الاجتهاد، وطال عهد التقليد، وتبدلت الأحوال والظروف، وتتابع الزمن واختلفت مصالح الناس من عصر إلى عصر ومن جيل إلى جيل فاشتد الناس ضيقا به.

وفي القرن الحادى عشر الهجرى ألف السلطان محمد عالمكير (١٠٣٨/١١١٨) أحد ملوك الهند، لجنة من كبار مشاهير علماء الهند برئاسة الشيخ نظام لتضع كتابا جامعا لظاهر الروايات التى اتفق عليها فى المذهب الحنفى فجمعوا ذلك فى كتاب معروف بالفتاوى الهندية، ومع هذا لم يكن هذا الجمع شبه رسمى ملزما للمفتين أو القضاة، كما أن الجمع والتدوين والتبويب لم يكن على

(١) الإمامة والسياسة لابن قتيبة ج ٢ ص ١٥٠ / ١٥٩.

نمط التقنين وإنما هى فروع فقهية واقعية أو مفترضة تذكر فيها الآراء ثم يعالج ذلك بالقول الذى تختاره اللجنة للفتوى.

بطء تنفيذ الفكرة ،

ظهور مجلة الأحكام العدلية وقانون المعاملات ، وفى وسط هذه الخواطر والاتجاهات الفكرية للتقنين انجذبت الحكومة العثمانية فى أواخر القرن الهجرى الماضى - وكانت لا تزال تعتبر أنها تمثل الخلافة فى الإسلام - إلى إخراج قانون للمعاملات المدنية مقتبس من الفقه الإسلامى مع التقيد بالمذهب الحنفى ومع مراعاة مصالح الناس وروح العصر، دون تقيد بالرأى الراجع فى المذهب . وقد ألفت لجنة لذلك وتم وضع مجموعة من الأحكام الفقهية التى هى أكثر من غيرها ملاءمة لما يجد من الحوادث وصدر بها قانون «مجلة الأحكام العدلية» وقد تم ذلك وصدر فى أواخر القرن الهجرى الماضى^(١) ووضع فى صورة مواد بلغت ١٨٥١ مادة سهلة المآخذ بعيدة عن الاختلافات، وقد أخذت بعض الأقوال المرجوحة فى المذاهب للمصلحة الزمنية التى اقتضتها^(٢)، وفى سنة ١٢٩٣هـ أصبحت نافذة

(١) فى أواخر القرن الهجرى الثالث عشر كلفت حكومة الدولة العثمانية جماعة من العلماء بوضع قانون فى المعاملات المدنية من الفقه الحنفى دون التقيد بالرأى الراجع مع مراعاة الأخذ بالقول الموافق لمصالح الناس فى المذهب الحنفى، وإن كان خلاف ما جاء بظاهر الرواية، وكونت اللجنة فعلاً من أحمد جودت باشا ناظر ديوان الأحكام العدلية رئيساً وعضوية السادة أحمد خلوصى وأحمد حلمى من أعضاء ديوان الأحكام العدلية، ومحمد أمين الجنى، وسيف الدين من أعضاء شورى الدولة، والسيد خليل مفتش الأوقاف، والشيخ محمد علاء الدين بن عابدين وزير العدل. وسنوا قانوناً سُمي مجلة الأحكام العدلية، وفى سنة ١٢٩٣ صدر الأمر بالعمل به. فى تركيا وفى المدن التى تدور فى فلكها، وكانت مصر قد استقلت عنها. وهذا الكتاب يتكون من ١٨٥١ مادة. وتحت يدينا بمكتبة الكلية شرح للمجلة مطبوع فى ثلاثة مجلدات ومعنون «كتاب الأدلة الأصولية شرح مجلة الأحكام العدلية فى قسم الحقوق المدنية» تصنيف محمد سعيد مراد الغزى أستاذ الشريعة والحقوق المدنية فى جامعة حقوق بيروت والشام ونسخة أخرى بعنوان «المجلة مصدرة بالمقدمات التى قدمت بها للسلطان الأعظم».

(٢) وقد تناولت هذه المواد أحكام البيع والإيجارات والكفالة والحالة والرهن والامانات والهبة والغصب والإتلاف والحجز والإكراه والشفعة والشركات والوكالة والصلح والإبراء والإقرار والدعوى والبيئات والتحليف والقبض.

وتطبق أحكامها فى محاكم الدولة العلية، وبذا تكون قانون مدنى عام منتخب من المذهب الحنفى ويلزم العمل به، كما ظهر فى سنة ١٣٢٦هـ فى الدولة العثمانية قانون العائلات الذى يختص بالزواج والفرقة وقد أخذ فى كثير من المسائل من غير المذهب الحنفى، كفساد رواج المكره وطلاق طلاقه، وهذا يعتبر من الدولة العثمانية أفضل عمل تشريعى تمتاز به وتفخر، وهو فى نفس الوقت يعتبر أول تنفيذ لفكرة ابن المقفع التى احتضنها أبو جعفر المنصور وأبداها هارون الرشيد، كما كان هذا أيضا بدء الخروج عن التقليد المحض وعدم التقيد بمذهب معين عند اختيار الأحكام وإلزام القاضى بها.

مصر وتقنين الفقه الإسلامى والنهوض بدوائله، لم تختلف مصر عن غيرها فى النهضة الفقهية ومحاولة تقنين الأحكام الفقهية التى تهم الناس فى معاملاتهم وأحوالهم الشخصية وإخراجها فى مواد حتى يسهل الرجوع إليها وحتى تنصرف الأذهان عن التطلع إلى الغرب^(١)، ورفض الخديوى إسماعيل الأخذ بقانون مجلة الأحكام العدلية حبا فى الاستقلال وتخلصا من التبعية للدولة العثمانية، واتجه إلى قانون نابليون بحجة أن كتب الفقه الإسلامى بوضعها لا يمكن التقنين منها فأحدث ذلك ضجة فى رأى العام، وظهر رأى بإمكان التقنين من الفقه الإسلامى، وقام الفقيه القدير قدرى باشا بعمل مجموعة من القوانين أخذها من المذهب الحنفى مسترشدا فى عمله بمجلة الأحكام العدلية - فمنها ما كان خاصا بالمعاملات وسماء مرشد الحيران، ويتكون من ٥٤١ مادة وطبعته الدولة سنة ١٨٩٠ ميلادية، كما قنن أحكام الوقف طبقا للمذهب الحنفى أيضا فى ٦٤٦ مادة وعنون له باسم كتاب العدل والإنصاف فى مشاكل الأوقاف طبع أيضا سنة ١٨٩٣م ثم قنن أحكام الأحوال الشخصية فى مجموعة مكونة

(١) وقد كان المذهب الشافعى مذهب القضاء المصرى قبل الفتح العثمانى غير أنه فى أيام الظاهر بيبرس كانت المرتبة الأولى للمذهب الشافعى، كما أقام قضاء للمذهب الحنفى والمالكى والحنبلية، ولما جاء الفتح العثمانى اقتصر أحكام القضاء على المذهب الحنفى. راجع تاريخ القضاء لعرنوس ص ١٠٣، ١١١، ١٩٦.

من ٦٤٧ مادة تناول أيضا فيها أحكام الهبة والوصية والحجر والإيصاء والميراث، وهذا دون شك عمل عظيم من قدرى باشا وخصوصا أنه عمل فردى ولو فى المظهر على الأقل.

وإن كانت هذه القوانين الفقهية لم يكن لها نصيب أن تصبغ بصبغة رسمية إلا أنها لاشك كانت مرجعا ومرشدا لمن تصدى لهذا العمل بعد، وكانت مصر فى هذه الفترة بدأت تنهض فى كثير من شئونها، وبدأ المصريون ينفضون عنهم ما كان يسبب لهم المتاعب النفسية ويتحررون من أوضاع الماضى. وكان الناس قد بدءوا بالشكوى من التقيد فى الأحكام بالمذهب الحنفى الذى ورثناه عن الحكم التركى، وكان القضاة والمفتون ملزمين بالتقيد به^(١) وظهرت شكواهم لولاة الأمر وللقضاة فيما يطرح أمامهم، وللعلماء فيما يستفتون فيه.

القوانين المصرية المختارة من الفقه الإسلامى :

عملت الحكومة على تأليف لجنة من كبار الفقهاء والمشرعين لوضع قوانين تؤخذ من الفقه الإسلامى من غير تقيد بمذهب معين، مع مراعاة روح العصر، فألفت لجنة من كبار علماء المذاهب الأربعة برئاسة وزير الحفانية فى ذلك العهد لوضع قانون الأحوال الشخصية، فوضعت اللجنة مشروع قانون للزواج والطلاق

(١) وبقي التعيين فى مناصب القضاء الشرعى والإفتاء بمصر قاصرا على من تخرجوا من الأزهر فى دراسة المذهب الحنفى. حتى صدر حكم من مجلس الدولة فى مصر سنة ١٩٥٤ لبعض من تقدموا إليه من العلماء غير الاحتاف بالتعيين فى مناصب القضاء الشرعى، وأخيرا من أجل توحيد القضاء بمصر قرر مجلس الوزراء فى جلسته المتعلقة فى ٢١/٩/٥٥ إلغاء المحاكم الشرعية وإحالة جميع أعمالها واختصاصاتها إلى المحاكم العادية اعتبارا من أول يناير سنة ١٩٥٦. كما تقرر إلغاء الكثير من مواد القانون ٧٨ سنة ١٩٣١ الخاص بلاتحة ترتيب المحاكم الشرعية والإجراءات المتعلقة بها، غير أن المادة ٢٨٠ منه والتى تنص «تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون المحاكم الشرعية على قواعد خاصة، فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد» وبذا نجد أن الأحكام ما زالت يلتزم قاضى الأحوال الشخصية فى إصدارها بأرجح الأقوال من المذهب الحنفى.

وما يتعلق بهما، طبع سنة ١٩١٦ ثم أعيد طبعه بعد تنقيح فيه سنة ١٩١٧، ومع هذا فقد كانت المعارضة في إخراجه قوية من بعض رجال الدين ومن تأثروا بهم، لذا لم يخرج هذا المشروع إلى التنفيذ ولم يصدر به القانون وإنما اكتفى ولاية الأمر بمعالجة بعض الأمور التي وضح عدم مطابقة المذهب الحنفى فيها لمصالح الناس، فصدر القانون رقم ٥٢ لسنة ١٩٢٠ والقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ بوضع حد أدنى لسن الزواج، والقانون ٢٥ سنة ١٩٢٩. وكل هذه القوانين نظمت بعض مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالزواج وبالنفقة والعدة والطلاق والنسب والمهر والحضانة والمفقود^(١) وما إلى ذلك وإن كان القانون الأول ٢٥ سنة ١٩٢٠ أخذ

(١) أما القانون ٢٥ / ١٩٢٠ وهو يتكون من أربعة أبواب في النفقة والعدة ويتكون من جملة مراد أخذت من غير المذهب الحنفى : الباب الأول منه يتكون من ثلاث مواد النيت منها المادة الثالثة بالقانون ٢٥ / ١٩٢٥ وهذه المواد مأخوذة من مذهب الشافعى ومالك. والثلاث مواد الأخرى في التطلاق لعدم الإنفاق ولغية الزوج وعدم وجود مال تنفق منه الزوجة وهو طلاق رجعى وهو من مذهب مالك. الباب الثانى : فى أحكام المفقود ويتكون من مادتين . الباب الثالث : فى أحكام التفريق بالعيب ويتكون من ثلاث مواد وهى لم تقيد بأرجح الأحوال من المذهب الحنفى، بل أخذت برأى محمد بن الحسن فجعل للزوجة الحق فى أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجلد والبرص سواء أكان العيب به قبل الزواج ولم تعلم به أم حدث بعد العقد ولم ترض به - فإذا طلق القاضى اعتبر الطلاق بائنا. الباب الرابع: أصبح قاصرا على مادة واحدة تختص بتنفيذ القانون.

أما القانون ٢٥ / ١٩٢٩ فهو يتكون من ٢٥ مادة خمس منها تتعلق بالطلاق فنصت على عدم وقوع طلاق السكران والمكره وعدم وقوع الطلاق إذا كان معلقا وقصد به اليمين والثلاث طلقات بلفظ واحد تقع طلقة واحدة مع مخالفة هذا للمذاهب الأربعة لكنه نسب إلى بعض الصحابة، وست مواد منها تتعلق بالشقاق بين الزوجين والتطلاق للضرر، فإذا ادعت الزوجة إضرار الزوج لها بما لا يستطيع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحيث يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى ولم يثبت الضرر بعث القاضى حكيمين أحدهما من جهة الزوج والآخر من جهة الزوجة ليحكم بينهما بحكم تمهيدى بما يريانه فى النزاع، وهذه المادة أخذت من مذهب مالك. وقد اختص التطلاق لغية الزوج أو حبه بثلاث مواد، أما غيبته سنة فأكثر بلا عذر مقبول فهى من مذهب مالك ويكون الطلاق بائنا إذا تفررت من تقيبه ولو كان له مال تنفق منه، وأما التطلاق لحبس الزوج بحكم نهائى ثلاث سنوات فأكثر إذا طلبت ذلك بعد مضى سنة من حبه فأخذ حكمه قياسا على حكم الغيبة، وبعد، فقد خص دعاوى النسب -

من المذاهب الأربعة فإن القانونين الآخرين الصادرين في سنة ١٩٢٣، ١٩٢٩ لم يتقيدا بالمذاهب الأربعة فقد أخذ القانون ٥٦ سنة ١٩٢٣ برأى آخر للإمام أبى حنيفة وبفتوى عبد الله بن شبرمة وعثمان البتى وأبو بكر الأصم، وأما القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩ فقد جاء في مذكرته التفسيرية بأنه موافق لأراء بعض المسلمين ولو من غير أهل المذاهب الأربعة، وأنه ليس هناك من مانع شرعى من الأخذ بقول غيرهم، خصوصا إذا ترتب عليه نفع عام. وفي سنة ١٩٣١ صدر القانون ٧٨ سنة ١٩٣١ بتنظيم المحاكم الشرعية، وقد احتوى على بعض القوانين غير مقيد فيها بمذهب معين.

ثم خطت مصر خطوة جديدة نحو التخلص من التقيد المذهبي ففي ٩ ديسمبر سنة ١٩٣٦ وافق مجلس الوزراء على مذكرة لوزارة العدل اقترحت فيها تشكيل لجنة بها تقوم بوضع مشروع قانون لمسائل الأحوال الشخصية وما يتفرع عنها، والأوقاف والمواثيث والوصية وغيرها، ولا تتقيد بمذهب دون آخر بل تأخذ من آراء الفقهاء ما هو أكثر ملاءمة لمصالح الناس وللتطور الاجتماعي، ولها أن تبدأ بما ترى أن الشكوى منه أعم والحاجة إليه أمس، وقد بدأت بالنظر في مشروع قانون المواثيث لأن التغيير فيه ضئيل فخرج في سنة ١٩٤٣ برقم ٧٧ شاملا لجميع

- بمادة، ودعاوى النفقة بثلاث مواد فجعلت نفقة الزوجة تقدر على حسب حال الزوج وهي مأخوذة من مذهب الشافعي ورأى في المذهب الحنفي، كما نص على أن المطلقة لا تأخذ نفقة عن عدتها أكثر من سنة ولا ترث عند الإنكار إذا مضى على طلاقها من التسوفى أكثر من سنة ونص على أنه إذا اختلفا في المهر وفي مقداره فجعلت اليانة على الزوجة واليمين عند العجز عن الإثبات للزوج إذا ادعى ما لا يصح أن يكون مهرا لثلاثها عرفا فيحكم بهر المثل وهو رأى أبى يوسف من الأحناف، كما أن هذا القانون قد رفع سن حضانة الصغير فجعل للقاضي الحق في أن يبقى الصغير في حضانة النساء إلى تسع سنوات بالنسبة للغلام وإحدى عشرة سنة بالنسبة للفتاة إذا تبين أن المصلحة في ذلك، وهذا أحد رأيين في المذهب الحنفي. ثم أتى القانون بمادتين من مذهب الإمام أحمد بن حنبل في أحكام المفقود، فإذا كان المفقود يغلب عليه الهلاك حكم بموته بعد أربع سنوات من تاريخ فقدة وإلا فيفرض أمر المدة للقاضي بعد التحرى، وبعد الحكم بموته تعدد زوجته عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم.

أحكام الإرث حتى ما كان مأخوذاً من أحكام قطعية، كالخامسة بأصحاب الفروض والعصبات وهذه لم يكن للجنة فيها إلا الصياغة فقط، أما الحكم نفسه فلم تتعرض له ولم تكن تملك أن تتعرض له. ومن أهم القواعد التى جاء بها هذا القانون مغايراً ما كان عليه العمل : توريث الإخوة والأخوات مع الجد الصحيح بعد أن كان حاجباً لهم، وكذلك الرد على أحد الزوجين بما بقى بعد فرضه إذا لم يوجد للمتوفى أى قريب يرثه فهو أولى بما بقى من العاصب السببى، كما اعتبر القانون التسبب فى القتل مانعاً من الإلث دون القتل الخطأ وما جرى مجراه بمكس ما كان عليه العمل، إلى غير ذلك مما يدرس تفصيلاً فى موضعه^(١)، ثم فى سنة ١٩٤٦ صدر القانون رقم ٤٨ سنة ١٩٤٦ معدلاً لبعض أحكام الوقف، وقد أخذ هذا القانون أحكامه فى الغالب من مختلف أقوال الفقهاء فى سائر المذاهب متوخياً ما يحقق مصلحة الناس ولا يعرقل نظمهم الاقتصادية، ومن أهم قواعد هذا القانون أنه قرب أحكام الوقف من أحكام الميراث^(٢). وعلى كل فقد ألغى الوقف الأهلى كله بالقانون ١٨٠ سنة ١٩٥٢، ثم صدر القانون ٧١ فى سنة ١٩٤٦ أيضاً بأحكام الوصية دون تقييد بمذهب معين ولا حتى بالمذاهب الأربعة، ومن أهم قواعده القول بالوصية الجبرية وهى أن يكون للأحفاد الذين حجبا عن الميراث من جدتهم أو جدتهم حق واجب فى التركة هو نصيب أصلهم ولو كان حياً بحيث لا يزيد على ثلث التركة، وألا يكون أوصى لهم جدتهم أو جدتهم بشىء، وقد أخذ هذا الحكم من فقهاء التابعين، ومن فقه الإباضية، كما أجاز القانون الوصية للوارث فى حدود ثلث التركة دون توقف على إجازة باقى الورثة^(٣).

(١) راجع لنا فى ذلك كتاب الوصايا فى الفقه الإسلامى القسم الأول وصية الله «والميراث».

(٢) راجع للمؤلف الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية مطبوع سنة ١٩٥٧.

(٣) راجع للمؤلف الوصايا فى الفقه الإسلامى القسم الثانى.

وقد عملت وزارة العدل على إعداد مشروع قانون جامع لأحكام الأحوال الشخصية، وقد تم إعداد المشروع مبدئياً، ولكن وزارة العدل أهملته في عهدها المختلفة رغم لزومه وشدة الحاجة إليه في مصر وفي الدول التي تطبقه على المصريين، وخصوصاً بعد أن ألغيت المحاكم الشرعية، وأسند عملها إلى المحاكم العادية، ولا شك في أنه من الأسر لهم أن يخرج قانون الأحوال الشخصية إلى الوجود فيسهل الأمر على القاضي ويكون أرفق بالمتقاضى، هذا وقد صدر قانون سنة ١٩٥٢ في سورية شاملاً لجميع أحكام الأسرة : الزواج وما يتفرع عنه من نفقة ونسب وحضانة وطلاق وتفريق وعدة، وكذلك أحكام الأهلية وما يتفرع عنها من نيابة شرعية عن القاصرين كالولاية والوصاية والقوامة، وكذلك فقد جاء شاملاً لأحكام الميراث والوصية، وما يتعلق بهما من شرائط وأحكام، وكان هذا القانون مستمداً أحكامه من مختلف المذاهب.

هذا وقد شكلت في مصر لجنة أخيراً لوضع قانون شامل لمسائل الأحوال الشخصية، ويبدو أنها أوشكت على الانتهاء منه وقارب على أن يعد به قانون ويكون نافذاً، وهذا القانون سيخضع له جميع سكان الجمهورية العربية.

ويا حبذا بعد هذا لو اتجه رجال التشريع في جمهوريتنا إلى النظر في مختلف قوانيننا واستمدادها من الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه وما فيه من آراء إذ هي كلها بمثابة رأى في مذهب واحد كبير هو الفقه الإسلامي. فتقوم أسس ما نصدره من قوانين على أحسن ما في الفقه من آراء أو أكثر النظريات ملائمة لهذا العصر حتى نصل حاضرتنا بماضيها الفقهي المجيد.

فطريق الخلود في أن ننشئ من جوهر فقهننا الذي ملأت آلاف مؤلفاته مكتبات العالم، وأن نستمد من منبعه العذب قانوناً جديداً يقى بحاجتنا ويقينا من الانسياق وراء تشريع أجنبي عن تقاليدنا ومعتقداتنا وعاداتنا^(١).

(١) راجع في هذا المعنى الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد للأستاذ مصطفى الزرقا.

الفصل الثالث

تكوين المدارس الفقهية وتاريخها

المبحث الأول

عوامل تكوين المدارس الفقهية ونوعاتها وسبب اختلاف الفقهاء وأثره في الفقه

المدارس الفقهية وبطء تكوينها^(١) : لا نقصد بالمدارس دور العلم وأماكن تجمع طلابه، ولكننا نقصد الاتجاه أو الطريقة التي يسلكها كل فقيه ويعرف بها فيأخذها عنه غيره، ويتجمع حولها بعض الفقهاء والمشتغلين بالفقه ويجعلونها أساسا في منحاهم الفقهي واجتهادهم.

وكان الرسول عليه السلام المدرسة الأولى التي تدرّب المسلمون فيها على التفقه في أمور دينهم ودنياهم، ومرجعهم في تدبير شئونهم العامة من تشريع وقضاء وتنفيذ، وكان قانونه ما يتلقى عن ربه من وحى أو اجتهاد يقره الوحي.

فلا يتصور إذاً وجود خلاف في عهد الرسول، لا في أصول الدين، ولا في فرع من فروعه، أما أصوله فلأن الصحابة كانوا يتلقون ما يوحى إلى النبي دون أن يطلبوا منه تفسيراً عن الغيبات التي علمها عند الله^(٢).

(١) راجع لنا المدارس الفقهية في التشريع الإسلامي، طبع مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٥٨.
(٢) فيروى أنه خرج إلى أصحابه ذات يوم وهم يتراجعون في (القدر) فغضب وقال : يا قوم: بهذا ضلت الأمم قبلكم باختلافهم على أنبيائهم وضربهم الكتاب ببعضه ببعض، وإن القرآن لم ينزل لتضربوا بعضه ببعض، ولكن نزل القرآن لصدق بعضه بعضاً، وما عرفت منه فاعملوا به، وما تشابه فأمسوا به فسادت نزعة النأي عن البحث في الغيبات طوال عصر الرسول وفترة بعده. بل حرص كثير من الفقهاء على ذلك. فهلّا مالك يقول : إياكم والبدع. قيل: وما البدع يا أبا عبد الله؟ قال : أهل الدين الذين يتكلمون في أسماء الله وصفاته وكلامه وعلمه وقدرته ولا يسكتون عما سكّت عنه الصحابة والتابعون، ثم يقول مبيّنا النزعة العلمية في الإسلام «إنّي أكره الكلام في القدر ولم يزل أهل بلدنا - المدينة - يكرهونه ولا أحب الكلام إلا فيما وراءه عمل».

وأما عدم وجود اختلاف فى أحكام الفروع التى يتعلق بها علم الفقه فإنه لم يكن هناك مجال للاختلاف فيها، إذ كلها مردها إلى الوحى حتى ما كان أصله من اجتهاد الرسول وأصحابه .

وبوفاة الرسول اختلف المسلمون^(١) اختلافا محدودا فى أصول الدين، وفى فروعه على نطاق ضيق وآراء فردية، وكان أول ما اختلفوا فيه موت النبى نفسه . فزعم قوم أنه لم يمّت، وإنما رفعه الله إليه كما رفع عيسى مستندين إلى قول الله تعالى : ﴿إِنَّ الَّذِى فَرَضَ عَلَيْكَ الْقُرْآنَ لَرَادُّكَ إِلَىٰ مَعَادٍ﴾^(٢) فخرج عليهم أبو بكر غاضبا وتلا قول الله تعالى : ﴿إِنَّكَ مَيِّتٌ وَإِنَّهُمْ مَيِّتُونَ﴾^(٣) وقال : «من كان يعبد محمدا فإن محمدا قد مات، ومن كان يعبد الله فإن الله حي لا يموت» فقال عمر، وكان الجزع قد أصابه وأفقده صوابه : «والله لكأنى ما قرأتها قط» ثم قال : «لعمري لقد أيقنت أنك ميت، ولكأنما أبدى الذى قتلته الجزع» فأزال ذلك ما فى نفوس الناس . فهذا مظهر اختلافهم فى أصل يتعلق بالعقيدة .

أما اختلافهم فى الأحكام العملية فقد كان أول مظهر له اختلافهم حول الخلافة عند وفاة الرسول، واختلافهم فى قتال الممتنعين عن الزكاة وغيرها، وقد كانت سياسة أبى بكر وعمر العمل على منع أو التقليل من الاختلاف فى الأحكام، لأنها إما أن تصدر عن كتاب محكم أو سنة متبعة معروفة، أو استشارة تؤدى إلى إجماع، فلم يبق من سبب لاختلاف إلا صدور الفتوى عن رأى أو اختلافهم عن استشارة .

وهذا وإن كان قليلا فى عهد كبار الصحابة إلا أنه فى الواقع كان نواة لاختلاف الفقهاء من بعد، وبداية لظهور المدارس المختلفة إذ لا شك فى أن

(١) وقد تنبأ الرسول بما سيجد من خلاف واختلاف، فجاء فى مجمع البيان لعلوم القرآن للطبرى أنه روى عن الإمام على أنه قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : إنها ستكون فتن ... قلت فما المخرج منها؟ قال : كتاب الله فيه خير ما قبلكم، ونبأ ما بعدكم، وحكم ما بينكم، هو الفصل ليس بالهزل، هو الذى لا تزيف به الأهواء ولا تشيع منه العلماء، ولا يخلق عن كثرة رد ... إلخ.

(٢) سورة القصص جـ ٢٠ / ٥ .

(٣) سورة الزمر جـ ٢٤ / ٣٠ .

اختلاف الرأى فى استنباط الأحكام قد بدأ بداية فردية مجردة من التعصب لشخص أو قاعدة وبدأ فى دائرة محدودة، ومع هذا فقد كان القائمون على أمر الفتوى، واستخراج الأحكام فى هذا العهد كلهم من العرب.

النزعات الفقهية فى نفوس الفقهاء الأوائل ، الناس بالفطرة متفاوتون فى مسلكهم فى البحث والاستنباط لتفاوتهم فى العقل والإدراك؛ ولذا نجد من فقهاء الصحابة من تغلغل فى معانى الألفاظ، وسبر غورها وتحرى مراميها، وفهم روح التشريع وتذوق معانيه مع ملاحظة الألفاظ ودلالاتها أيضا. ولهم فى هدى الرسول أعظم معين، فقد حرص فى توجيههم إلى المعانى وتذوق أسرار التشريع. وطبيعة هذا الاتجاه أن يحمل صاحبه على البحث والإقدام على الفتيا وعدم التهيّب من النظر فيما جد من أمور يراد معرفة حكم الله فيها.

ومنهم من يقف عند دلالة الألفاظ مع مراعاة معانيها وما تهدف إليه، لكنهم يحرصون على ما ظهر من المعانى فلا يبتعدون عنها بعد الفريق الآخر طلبا للسلامة بالوقوف عندما يظهر من كتاب الله، وما وصل إليه من سنة رسوله. وطبيعة هذا الاتجاه أن يدفع صاحبه إلى التهيّب من الفتوى.

ومن المثل الدالة على وجود هذين الاتجاهين فى نفوس الصحابة من عهد الرسول، أنه لما أمرهم عليه السلام - وكانوا على سفر - ألا يصلوا العصر إلا فى بنى قريظة، وقف فريق منهم عند ظاهر أمر الرسول فلم يصلوا العصر حتى وصلوا بنى قريظة، وأعمل الآخرون عقولهم فى تفهم مرامى هذا الأمر وتعرف المقصود منه، وقالوا إن المقصود هو الحث على الإسراع وصلوا قبل أن يصلوا بنى قريظة، ولما علم الرسول بذلك ما عابهم على ما فعلوا.

وفقهاء الصحابة المكثرون من الفتوى تميزوا بالنزعة الأولى، وفى طليعتهم عائشة أم المؤمنين، وعمر بن الخطاب، وعلى بن أبى طالب، وعبد الله

ابن مسعود، لذا فإنهم لم يحجموا أو يرددوا عن الفتوى إذا نزلت النازلة واحتاجوا إلى التعرف على حكم الله، وتميز بالترعة الثانية فقهاء الصحابة المقلون في الفتوى الذين كان يود كل واحد منهم إذا استفتى في أمر أن يكفيه غيره مؤونة ذلك^(١).

عوامل تكوين المدارس الفقهية : تفرق الصحابة والتابعون في الأمصار والمدن وتولوا فيها القضاء والإفتاء، وكان الناس يلتفون حولهم في كل بلد ليتعلموا منهم أمور الدين ويأخذوا عنهم الكتاب والسنة وطرائق البحث والفهم، وهذه المدن وإن كانت لها مدنيات خاصة قديمة تأثر الناس بها وطبعوا بطابعها، فإن فقهاء الإسلام الذين أثروا فيهم أثرا جديدا كانت لهم طرائقهم الخاصة في البحث والاستنباط، وبذا نجد أن هذين العاملين : بيئة البلد، وخطه الفقيه نفسه في البحث واستنباط الأحكام، كلاهما له أثر في إيجاد طابع خاص للفقهاء في المنطقة، ولذا نجد أن كل مدينة من المدن التي تفرق فيها الصحابة تعتبر مدرسة لها طابعها الخاص، وكانت كلها في الواقع بين اتجاهين متميزين : مدرسة الحديث وطابعها الوقوف عند الأثر، ومدرسة الرأي وطابعها التوسع في الرأي وتعرف المصالح. ويحمل أعلام مدرسة الحديث الحجازيون، وخاصة المدنيون منهم وإن كان فيهم من الأفراد من أخذ بالرأي وتوسع فيه كربيعة الرأي، كما يحمل أعلام مدرسة الرأي العراقيون وخاصة فقهاء الكوفة، وإن كان فيهم أفراد من أصحاب النزعة الأخرى ممن ييغضون الرأي أمثال ابن سيرين والثوري وابن أبي ليلى، كما وجدت بالعراق فيما بعد مذاهب أكثر ابتعادا عن الرأي، ووقوفا عند الأثر من الحجازيين المتسكين بالأثر أنفسهم.

غير أنه فيما يبدو لي لما كان المذهب الحنفي أول المذاهب الجماعية بالعراق، وكان يتجه ناحية الرأي، وكان المذهب المالكي أول المذاهب الجماعية بالحجاز،

(١) راجع تفصيل هذا في مذكرات أستاذنا الشيخ السهري لمعهد الشريعة في تاريخ الفقه.



وكان يتجه ناحية الحديث والأثر، مبتعداً عن الرأي، كما أنهما كانا في عصر واحد، وأصبح لهما من السلطان والجاه ما لهما، فإن ابن خلدون والمؤرخين بعده نسبوا مدرسة الرأي إلى العراق ومدرسة الحديث إلى الحجاز^(١). بل لقد جرت هذه التسمية على لسان فقهاء المذهبين في هذا العصر. فكان فقهاء مدرسة الحديث يصفون الذين يأخذون بالرأي أو يفترضون مسائل لم تقع ويطلبون حكم الله فيها بالعراقيين^(٢).

المذاهب الجماعية : كانت مذاهب الصحابة فردية لأن مرديهم والآخذين عنهم كانت وسيلتهم في النقل هي الحفظ حيث إنهم لم يلجأوا إلى التدوين في هذا العهد. لهذا كانت تنقل آراء الصحابة منفردة دون اختلاطها بآراء من نقلوا عنهم، ولذا فإن مذاهبهم كانت فردية كما قلنا.

أما بعد عصر الصحابة، وقد انتشر التدوين، فإن الفقهاء المجتهدين قد دونوا أقوالهم، وأقوال أساتذتهم مجتمعة، ثم يتناقل ما دون من مجموعة الآراء بين الناس، ويطلق على كل ما دون من أقوال اسم إمامهم، وينسب هذا المذهب المختلط إليه، مع أن حقيقة ما في المذهب هو مجموعة آراء الإمام وأصحابه، وهذا كالمذهب الحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي والظاهرى.

(١) راجع في نقد ربط هاتين التزعتين بالأقاليم ما جاء لاستاذنا الشيخ السهورى في مذكراته لمعهد الشريعة بالكلية في مادة تاريخ الفقه ص ٤٦/٤٥ حيث يقول في نهاية بحثه : «والتسمية الصحيحة في هذا هي تسمية ابن النديم، وهي أن من الفقهاء من غلب عليهم الاشتغال بتصحيح الحديث ومنهم من غلب عليهم الاشتغال بالفقه وهم يكونون أهل الرأي».

(٢) روى أن أسد ابن القرات قدم على مالك فكان أصحابه يطلبون من أسد أن يسأل إمامهم على المسألة فإذا أجاب، يقولون له قل فإن كان كذا فما الحكم؟ حتى ضاق عليه يوماً فقال له : «هذه سلسلة بنت سلسلة إن أردت هذا فعليك بالعراق». وقد سبق الإشارة إليه، وقال ربيعة لسعيد في مسألة عقل الأصابع: حين عظم جرحها واشتدت مصيبتها نقص عقلها فقال سعيد : أعراقى أنت؟ قلت: بل عالم مثبت أو جاهل متعلم، فقال: هي السنة يا ابن أخي» راجع الموافقات للشاطبي ج ٤ ص ١٨٤، ١٨٧.

ومع هذا فقد كان هناك من الفقهاء من دونوا أقوالهم بأنفسهم كالثوري والأوزاعي والليث، أو تنوqلت أقوالهم من طريق الحفظ كابن أبي ليلى، وابن شبرمة فإنها مذاهب فردية مثل مذاهب الصحابة ينقلها الآخذون كما ينقلون مذاهب الصحابة^(١) دون أن يذكر بها رأى آخر لأحد من الآخذين برأيه ومذهبه.

ولا شك فى أن النطاق الفقهى اتسع فى عصر المذاهب الجماعية عما كان عليه من قبل، وقد دعا إلى الاتساع، ما كان من جدل ومناظرة بين فقهاء المذاهب على نطاق أوسع مما كان فى عصر الصحابة والتابعين. فقد تطورت المناظرات الشفوية إلى رسائل علمية محررة وردود عليها^(٢).

وقد كان لهذا أثر واضح فى ازدهار الفقه، كما أن الحضارة وأسباب النعيم فتحت آذان الفقهاء لمسائل جديدة ونظم لم يكن لهم بها سابق عهد خلقت ثروة فقهية لا مثيل لها.

مدرسة الحديث، وكانت المدينة بالحجاز مهد السنة ومجمع العلماء لأنهم أعرف الناس وقتها بحديث الرسول، وقد تأثر فقهاء هذه المدرسة بفقهاءها الأوائل من الصحابة والتابعين. يقول ابن القيم^(٣) : «أما أهل المدينة فعلمهم عن أصحاب زيد بن ثابت، وعبد الله بن عمر، وأما أهل مكة فعلمهم عن أصحاب عبد الله بن عباس، وأما أهل العراق فعلمهم عن أصحاب عبد الله بن مسعود، ثم يذكر لنا فقهاء المدينة السبعة^(٤) من التابعين الذين كانوا فى الواقع المدرسة الفقهية

(١) مذكرات استاذنا الشيخ السهورى لمعهد الشريعة بالكلية فى مادة تاريخ الفقه.

(٢) ومن هذا رد محمد بن الحسن على مالك وأهل المدينة، ورد الشافعى على محمد، ورد أبى يوسف على الأوزاعى فيما كتبه فى السير.

(٣) إعلام الموقعين ج ١ ص ٢٣/٢١.

(٤) وأولهم: سعيد بن المسيب قرشى ولد لستين من خلافة عمر، ومات سنة ٩٤. والثانى: عروة بن الزبير قرشى ولد فى خلافة عثمان ومات سنة ٩٤. والثالث: القاسم بن محمد كان أعلمهم بالسنة وأشدهم نقدا للحديث جمع من عمته عائشة ومن ابن عباس مات سنة ١٠٦. والرابع: أبو بكر بن عبد الرحمن بن الحارث بن هشام وكان يسمى راهب قرش مات سنة ٩٤. والخامس: عبد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود مات سنة ٩٨. والسادس: سليمان بن يسار مولى ميمونة زوج النبى عليه السلام مات سنة ١٠٧. والسابع: خارجة بن زيد بن ثابت. هذا ومن الملاحظ أن سنة ٩٤ مات فيها الكثير من الفقهاء ولذا كانت سنة الفقهاء

الأولى فأسسوا الفقه الإسلامى، وبينوا المنهج الفقهي، وأخضعوا الحياة بأسرها بما فيها الحياة التشريعية على وفق القواعد المستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية الكريمة.

ولم تكن مدرسة الحديث قاصرة على فقهاء المدينة أو الحجاز كما أشرنا قبل، بل كان أتباعها في مختلف البلاد الإسلامية، فهذا عامر الشعبي وهو تابعي من فقهاء الكوفة يكره الرأي ويقف عند الأثر، وسفيان الثوري من تابعي التابعين وأحد فقهاء الكوفة الأعلام الذين يتزمتون من الرأي، وهذا الإمام الأوزاعي الفقيه الشامي كان من مدرسة الحديث ويغض الأخذ بالرأي، وهذا يزيد بن حبيب الفقيه المصري - من أهالي دنقلة - أول من وجه المصريين إلى العناية بالحديث. ثم الشافعي وأحمد بن حنبل، وداود الظاهري.

وقد تزعم هذه المدرسة في المدينة ابن المسيب^(١) من التابعين، وتتلמד عليه الكثير من فقهاء الحجاز وغيرهم، وتشبعوا بفكرته وطريقة استنباطه ثم تفرق الكثير منهم في الأمصار ليجمعوا الأحاديث التي لم يروها المحدثون من رجال المدينة،

(١) ولد لستين من خلافة عمر كما قلنا، وكان من سادات التابعين فقها ودينا. وكان يسمى فقيه الفقهاء، أعلم الناس بقضاء رسول الله وقضاء عمر. لذا لم يكن يخشى الفتوى ولا يهابها، وترجع أهميته إلى أنه لم يكن يعنى إلا بالفقه، وعن يزيد بن يزيد أن سعيد بن المسيب أعلم الناس بالحلل والحرام، أما إذا سئل عن تفسير آية من القرآن سكت كأنه لم يسمع. أخذ علمه عن زيد بن ثابت كما جالس سعد بن أبي وقاص وابن عباس وابن عمر، لم يشترك في الأمور السياسية، ومع هذا فقد سجن لعدم مبايعته أولاد عبد الملك توفي سنة ٩٤ هـ في خلافة الوليد. راجع الطبقات الكبرى ج ٥ ص ٧٧ والمعارف لابن قتيبة ص ١٩٣، ومن الطرائف الدالة على تهافت الناس عليه وتغلغل الروح الفقهية في بيته أن روج ابنته - وكانت عارفة بفقه أبيها ذات رأى سديد - إلى أحد تلاميذه الذي كان شديد الحرص على حضور الدرس ومجالسة أستاذه طوال وقته حتى ضاقت زوجته بذلك وقالت له مرة عند خروجه. اجلس أعلمك علم ابن المسيب. راجع لنا كتاب الأهرم والفتاة، وقد كنت ألقى محاضرة في هذا الموضوع بجمعية الشبان المسلمين مطبوعة سنة ١٩٣٦ دعوت فيها إلى تعليم الفتاة في الأهرم وتخصيص معهد لها والحمد لله فقد تحققت هذه الأمنية سنة ١٩٦٢ / ١٩٦٣ الدراسية.

فكان منهم من رحل إلى العراق، ومنهم من رحل إلى الشام ومصر^(١)، وكان من هذه المدرسة غير سعيد سالم بن عبد الله بن عمر الذي كان يرفض الإفتاء بالرأى فإذا سئل عن أمر لم يسمع فيه شيئا قال : لا أدري^(٢). وجاء من بعدهما الزهري ويحيى بن سعيد، ومن بعدهم مالك وكذا الشافعي، وأحمد والظاهرى، وإن كان مالك هو الذى ورث رعاة هذه المدرسة فى المدينة، فأخذ عنه الشافعي وأحمد، إلا أننا نحمد داود الظاهري وابن حنبل أبعدهم وقوفاً عند الأثر أو بعداً عن الرأى^(٣).

طرق استنباطهم الأحكام : وقف فقهاء هذه المدرسة عند النص وخاصة الحجازيين لكثرة بضاعتهم من الحديث، وتورعهم عن الأخذ بالرأى، وقلة ما يعرض عليهم من الحوادث التى لم يسبق لها مثيل لعدم اختلاف البيعة. أما غير الحجازيين منهم فكانوا يرون أن اتباع الرأى أخذ بالهوى والغرض وإدخال فى دين الله ما ليس منه.

وقد كان مسلكهم إذا استفتوا فى مسألة عرضوها على كتاب الله ثم سنة رسوله فإن وجدوا أحاديث مختلفة فاضلوا بينها بالراوى، فإذا لم يكن حديث نظروا فى آثار الصحابة، فإن لم يجدوا فيها الحكم أعملوا الرأى أو توقفوا عن الإفتاء على حسب درجاتهم فى البعد عن الرأى والقرب منه، ولذا فلأنهم كانوا يكرهون الفقه الافتراضى والسؤال عما لم يقع حتى لا يتوقفوا عن الإفتاء أو يلجأ أحدهم إلى الرأى.

(١) ضحى الإسلام ج ٢ ص ١٦٠

(٢) وفى مرة طلب منه رجل أن يفتيه براه فقال له : «أنى؟ لعلى إن أخبرتك برأى ثم تذهب ثم أرى بعد ذلك رأياً غيره فلا أجذك؟» إعلام الموقعين ج ١ ص ٧٤.

(٣) وقد روى أن عبد الله بن أحمد بن حنبل قال : «سألت أبى عن رجل يكون يلد لا يجد إلا صاحب حديث لا يعرف صحيحه من سقيم، وأصحاب رأى فتتزل به التارة، فقال أبى : يسأل أصحاب الحديث ولا يسأل أصحاب الرأى. ضعيف الحديث أقوى من صاحب الرأى» المرجع السابق ص ٧٦.

وعلى كل فإن هذه النزعة لم يكتب لها البقاء طويلا حيث اختفت ب وفاة الإمام الظاهري، وصار كل الفقهاء يقفون بحثا على المعاني، وأكثروا من الفتوى فيما وقع، وما يفترض وقوعه، وتناظر الجميع في عويص المسائل. والحق أنه لو قدر لأهل هذه النزعة الغلبة لما وصل إلينا هذا التراث الفقهي العظيم^(١).

أثر هذه المدرسة في السنة : هذه المدرسة في الواقع وإن كان لها فضل المحافظة على الحديث وجمعه إلا أنها كانت سببا غير مباشر لوضع الأحاديث المكذوبة على الرسول^(٢)، لأنه لما كان أئمة هذه المدرسة لا يتجهون إلى الرأي لحل المشاكل التي لم يرد فيها نص، وقد كان أخلاط المسلمين من الأمم المختلفة، فيهم من لم يصل الإيمان إلى قلبه وأعماق نفسه فلا يتخرجون من اختلاق رواية في الحديث لتأييد مدعاهم^(٣)، فوضعت أحاديث مكذوبة ونسبت للرسول وضعها القصاصون والمتعصبون لمذهب من مذاهب العقائد، كما وضع الزنادقة أيضا أحاديث مكذوبة سعيًا في إفساد الشريعة وتشكيك الناس وترويجا لبضاعة القصاص، وكثرت الأحاديث عن أيام الصحابة وكبار التابعين، كما رويت أحاديث ضعيفة ياباها المنطق والعقل، وبهذا صدق قول النبي ﷺ : «سيكون في آخر امتي أناس يحدثونكم ما لم تسمعوا أنتم ولا آبائكم فإياكم وإياهم»^(٤) وقد أندر الرسول هؤلاء بقوله : «من تعمد على كذبا فليتبوأ مقعده من النار».

والواقع أن شيئا من ذلك لم يؤثر في الفقه، لأن الفقهاء حرصوا كل الحرص على تبين الحديث الصحيح من غيره، بل كانوا كلما فشا الوضع اشتد

(١) راجع في هذا المعنى أستاذنا الشيخ السهري ص ٤٧ من مذكراته في تاريخ الفقه المشار إليها قبل، غير أن فضيلته يرى أنها اختفت ب وفاة الإمام أحمد بن حنبل.

(٢) وقد ألف السيوطي كتابا من جزأين عنوانه «اللائئ المصنوعة في الأحاديث الموضوعة» كما أن البخاري ومسلما وغيرهما من أصحاب الكتب الصحاح بذلوا مجهودا عظيما لمعرفة الصحيح من غيره . . . ولذا نجد علماء الحديث قد وضعوا فن مصطلح الحديث.

(٣) وقد كان هذا في العراق أكثر منه في الحجاز لكثرة هؤلاء فيها، ولوجود تيارات مختلفة فيها أوجدت الشيعة والمعتزلة والمرجئة وغيرهم.

(٤) صحيح مسلم ج ١ ص ٩ وشرحه النووي ج ١ ص ٧٨، راجع اللائئ المصنوعة في الأحاديث الموضوعة ج ٢ ص ٤٦٧ / ٤٧٤.

حذرهم وزادت يقظتهم، وما يوجد في كتب الفقه من بعض الأحاديث الضعيفة بقصد الاستدلال على صحة حكم أو فسادها فإنها في الحقيقة لم تكن أساس الاستنباط، وإنما نقلها المتأخرون من الفقهاء لمجرد تأييد وجهة نظر إمامهم أو مذهبهم.

مطبعة الواثق : كانت الكوفة - إحدى مدن العراق - تعاصر المدينة في احتضان الفقهاء وتنوير الأبصار، غير أن الكوفة لم يكن لها أولاً ما كان للمدينة من شهرة علمية إلا بعد أن وجدت المذاهب الجماعية وظهر الإمام أبو حنيفة نعمان بفقعه ورأيه المخالف لفقه مدرسة الحديث في طريق استنباط الأحكام، البحث عن العلل التي شرعت من أجلها هذه الأحكام، وقد اجتمع لفقهاء هذه المدرسة ما يجعل الرأي يتشر بينهم ويشيع.

فقد كانت العراق بعيدة عن موطن الحديث الذي لم يكن دُونَ بعد، ولم يصلهم منه إلا ما جاءهم مع الصحابة الذين انتقلوا إليهم كعبد الله بن مسعود وعلى بن أبي طالب، وسعد بن أبي وقاص، وأبي موسى الأشعري، والمغيرة بن شعبة، وأنس بن مالك ممن دخلوا العراق مع جيش المسلمين.

وإذا لوحظ مع ذلك أن فتنة انقسام المسلمين بسبب الخلافة كان منبعها العراق، وفيها ترعرعت فكرة الشيعة، ونبتت فكرة الخوارج، كما أن بها من أخلاط المسلمين من لم يصل الإيمان إلى أعماق نفسه ممن لا يخرجون من وضع الأحاديث^(١).

كما أن البيئة نفسها ووجود نظم وعادات تطبع بها الناس اقتضت أن توجد حوادث وقضايا كثيرة لم يكن لها مثل من قبل في عهد الرسالة، ولا في مدينة الرسول.

(١) وقد كان الإمام مالك يسمي الكوفة «دار الضرب» أي صنع الأحاديث وسكها كما تصنع الدراهم وتضرب.

كما أن فقيهم الأول الذي تأثروا بمنهجه الفقهي، هو عبد الله ابن مسعود^(١) الذي تشبع برأى عمر في الأخذ بالرأى والبحث عن علل الأحكام حيث لا نص.

وكما أن مدرسة الحديث لم تقتصر على فقهاء المدينة، فكذلك مدرسة الرأى فإنها لم تقتصر على فقهاء العراق، اللهم إلا إذا نظرنا إلى المذاهب الجماعية، وقد سبق الإشارة إلى هذا.

كان عبد الله بن مسعود - الصحابي الجليل - بحق هو مؤسس هذه المدرسة وزعيمها، فإن الكوفيين اجتمعوا حوله وقد بعثه عمر فيهم قاضيا ومعلما فأحبوه وتأثروا به^(٢).

وكان من أشهر أصحابه في الكوفة وعمد مدرسته : علقمة بن قيس النخعي توفي سنة ٦٢هـ والاسود بن زيد النخعي توفي سنة ٧٥هـ، ومسروق بن الأجدع الهمداني توفي سنة ٦٣هـ، وعبيدة بن عمرو السلماني توفي سنة ٧٢هـ، وشريح ابن الحارث القاضي توفي سنة ٨٢هـ، والحارث الأعور. وهم جميعا من فقهاء القرن الأول حيث ماتوا ما بين سنة ٦٢، ٨٢هـ.

وتزعم هذه المدرسة بعد ذلك فقيه المعلى له شخصية تشريعية خصية نشأ من بيت جل أهله فقهاء، هو إبراهيم النخعي الذي أدرك بعض الصحابة أمثال أبي سعيد الخدري والسيدة عائشة^(٣) وتلقى الرواية والفقہ في مدرسة ابن مسعود،

(١) يروى أن أبا عمر الشيباني قال : كنت أجلس إلى ابن مسعود حولا لا يقول قال رسول الله فإذا قالها استقلت الرعدة من شدة الخوف من أن يكون الحديث مكذوبا، راجع إعلام الموقعين ج ١ ص ٢٢.

(٢) حقا إن علي بن أبي طالب دخل الكوفة وكانت هي عاصمة الخلافة في عهده، إلا أن قصر الفترة وما صاحبها من فتن وحوادث وانقسامات جعلت أثره الفقهي - في غير شيعته - غير ظاهر، وينقل لنا ابن قيم الجوزية في إعلام الموقعين ج ١ ص ١٧ «عن الأعمش عن إبراهيم النخعي أنه كان لا يعدل بقول عمر وعبد الله إذا اجتمعا، فإذا اختلفا كان قول عبد الله أحب إليه لأنه كان اللطف» وينقل لنا عن أبي موسى أنه قال «لمجلس كنت أجاله عبد الله أوثق في نفسي من عمل سنة» وكان يقول لأصحابه وتلاميذه : «كونوا يتابع العلم مصابيح الليل» راجع مجمع الأمثال للميداني ج ٢ ص ٣٧٤.

(٣) ولكنه لم يسمع منها فقها.

وكان لسان فقهاء الكوفة، ثم تزعم هذه المدرسة بعد ذلك الإمام أبو حنيفة النعمان، الذى نسب له أكبر مذاهب رأى الجماعة انتشارا والذى كان معاصرا لأكبر مذهب جماعى انتشارا فى مدرسة الحديث وهو مذهب الإمام مالك.

طابع مدرسة الواحد ومسلكتها فى الاستنباط :

طابع هذا المدرسة ينحصر فى أن شرع الله قد اكتمل وبين قبل وفاة الرسول وأن شريعة الإسلام معقولة المعانى مبنية على أصول محكمة، وعلل ضابطة لتلك الأحكام. فكان فقهاء هذه المدرسة يبحثون عن تلك العلل التى شرعت الأحكام من أجلها ويجعلون الحكم دائرا معها وجودا وعدما، من أجل هذا لمجد فقهاء هذه المدرسة لا يتهيبون أى مسألة أو فتوى، وإنما يرحبون بكل استفتاء أو فرض، ولا يشترطون لإجابتهم أن تكون المسألة واقعية، وإنما كل الذى يعينهم أن يبينوا حكم الله فيها على افتراض وجودها. بل كان الفقهاء أنفسهم يفترضون المسائل ويقلبون الفتيا على جميع وجوهها ثم يستتجون لكل فرض حكمه حتى عرفوا بالآرايتين، ووجد الفقه الافتراضى أول ما وجد عندهم.

وهم وإن كانوا لا يتهيبون الفتيا، بل يبحثون عنها، إلا أنهم كانوا يهابون رواية الحديث ورفع سنده لرسول الله مخافة أن يكون الحديث مكذوبا، وفى الواقع أن عدم تهيبهم الفتوى وافتراضهم المسائل كان سببا فى تضخم الفقه الإسلامى وكثرة أحكامه، كما أنه كان دافعا لفقهاء المدرسة الأخرى من إبداء رأيهم فى المسائل المفترضة عند علمهم بها مما أमत النزعة الأولى على ما قلنا.

أسباب الاختلاف : الدليل الذى يستند إليه الفقيه قد يكون قطعى الثبوت والدلالة^(١) وهذا لا يمكن أن يكون الحكم الذى ينتجه محل اختلاف الفقهاء وإن

(١) آيات القرآن كلها قطعية الثبوت لأنها نقلت إلينا من الرسول بالتواتر وكذلك السنة المتواترة، ومنها السنة العملية مثل ما جاء فى أداء الصلاة والصوم فإنها أيضا قطعية الثبوت، أما ما عدا المتواتر فهو ظنى الثبوت، والإجماع إذا تحققت أركانه كان الحكم للمجمع عليه واجب الاتباع لأنه حكم شرعى قطعى لا مجال لمخالفته، وكل ما هو قطعى الثبوت أو ظنى الثبوت إذا نظرنا إليه -

وجد فهو خلاف لا اختلاف، أما إذا كان الدليل ليس كذلك بأن كان ظنياً في الدلالة أو في الثبوت أو فيهما معا فإنه يصح أن يكون محلاً لاختلاف الفقهاء، وإن كنا قد أشرنا قبل إلى منشأ اختلاف الفقهاء إلا أننا سنبررها بشكل أوضح في الآتي (١) :

(١) الكثير من الأحكام جاءت في مصادر الشريعة مجملة تحتاج في فهمها واستنباط الأحكام منها إلى شيء من الفكر والتأمل، والعقل البشري يختلف في طاقته وقوته، ويتبع ذلك تفاوت الفقهاء في فهم أسرار الشريعة وعملها.

(ب) ورود اللفظ في النصوص يفيد أكثر من معنى، فيأخذه كل فقيه على معنى من معانيه كلفظ (قرء) فإنه يطلق في اللغة بمعنى الطهر وبمعنى الحيض ويترتب على ذلك اختلافهم في عدة المطلقة هل هي تربع ثلاثاً أطهار أم ثلاث حيضات.

(ج) تردد اللفظ بين حمله على الحقيقة أو على نوع من أنواع المجاز ونريد بالحقيقة استعمال اللفظ في المعنى الذي وضع له في اصطلاح المخاطبين، وبالمجاز استعمال اللفظ في غير ما وضع له في اصطلاحهم لعلاقة وقرينة مانعة، وإن كان المقرر أنه لا يصار إلى المجاز ما أمكنت الحقيقة، إلا أنهم اختلفوا في بعض النصوص هل إرادة الحقيقة فيها ممكنة أم لا، ومن أمثلة ذلك ما فهموه من حديث: «لا صلاة لمن لا يقرأ الفاتحة» فحمله الجمهور على الحقيقة وأبطلوا الصلاة من غيرها، بينما حمله الأحناف على المجاز لعموم قول الله: ﴿فأقرءوا

من ناحية دلالة فإما أن يكون قطعياً في الدلالة أيضاً مثل آية ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد﴾ فهذا لا مجال للقول بغير هذا النصيب، وإما أن يكون ظنياً في الدلالة رغم أنه قطعياً الثبوت مثل قوله تعالى ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾ فلفظ قروء يحتمل أكثر من معنى واحد، فهو في اللغة يطلق على الحيض كما يطلق على الطهر، وليس محل دراسته هنا وإنما في مادة أصول الفقه .

(١) راجع بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج ١ ص ٥/٢، سبب اختلاف مذاهب الفقهاء للدهلوي، أسباب اختلاف الفقهاء للأستاذ الشيخ على الحفيف، ظهر الإسلام ج ٣ ص ٥٣ .

ما تيسر من القرآن» وما فهموه فى آية الوضوء : «... أو لامستم النساء فلم تمجدوا ماء فتيمموا ..» هل يراد اللمس حقيقة أو مجازا فمجرد السلام باليد ينقض الوضوء، أو المراد هو المعنى المجازى فقط وهو الوطء^(١).

(د) التعارض والترجيح بين ظواهر النصوص - إذ الحقيقة أن أحكام الشرع غير متناقضة - والتعارض هو اقتضاء كل من الدليلين عدم ما يقتضيه الآخر، مثل التعارض الظاهر بين ما روى أن النبى ﷺ كان يصبح جنباً وهو صائم، وما روى عن الرسول : «من أصبح جنباً فلا صيام له» فالواجب على الفقيه أن يحكم بنسخ المتقدم منهما إن علم تاريخهما وكانا فى قوة واحدة، وإلا فإنه يرجح أحدهما على الآخر^(٢).

(هـ) اختلافهم فى مفاد الأمر الذى لم يسبق بحظر أو تحريم، فمنهم من يرى أنه يقتضى الندب، ومنهم من يرى أنه يقتضى الإباحة، ومنهم من يرى أنه مشترك بين الوجوب والندب والإباحة، والقرينة هى التى تعين^(٣).

(و) إعمال النص بإطلاقه أو تقييده بالقيد الوارد فى نص آخر مثل قوله تعالى فى كفارة الظهار : «فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا» وفى كفارة القتل الخطأ يقول الله تعالى : «فتحرير رقبة مؤمنة» فالأحناف لا يحملون المطلق على المقيد بل يعملون بكل واحد منهما فى موضعه، والجمهور يحملون المطلق على المقيد.

(١) راجع تفصيل ذلك فى كتب الأصول وفى أسباب اختلاف الفقهاء للشيخ على الحنيف.

(٢) راجع كتب الأصول وكشف الأسرار للبزوى ج ٤ ص ١١٩٦.

(٣) جمهور الفقهاء يرون أن الأصل فى الأمر أنه يفيد الوجوب ولا يصرف عنه إلى غيره إلا بقرينة. ونظرة الفقهاء تختلف فى وجود هذه القرائن؛ ولذا كانت معرفة ما تدل عليه الأوامر مجالا للأجتهاد ومحلا للخلاف، فمثلا الأمر الوارد فى قوله تعالى : «إذا تدايتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب ..» ذهب الجمهور من الفقهاء إلى أن الأمر هنا للندب والإرشاد بدليل قوله تعالى : «فإن أمن بعضكم بعضا ..» لكن الظاهرية يرون أن الأمر هنا للوجوب، راجع لنا فى ذلك مباحث الحكم عند الأصوليين.



(ز) كانت السنة إلى هذا العهد لم تدون، فتفاوت الفقهاء في حفظها والعلم بها فقد تعرض حادثة على فقيه يحفظ فيها سنة عن رسول الله فيقضى بها، وقد تعرض نفس الحادثة على الآخر لم يحفظ فيها سنة فيحكم فيها بالاجتهاد والرأى.

(ح) تناقل الناس رواية الحديث وهم متفاوتون دقة وإدراكا، وقد يسمع الصحابي من النبي في واقعة حكما، ويسمع الآخر في مثلها خلافا، وتكون هناك خصوصية في أحدهما اقتضت تغير الحكمين، وغفل أحدهما عن الخصوصية أو غفل عن نقلها مع الحديث^(١) فتبع هذا اختلاف في الرواية قد يتبعه تحريف يغير من المعنى^(٢). فتبع ذلك أن تصح رواية الحديث في نظر بعض الفقهاء فيأخذوا به، ولا تصح عند غيرهم فيقدموا عليها دليلا آخر.

(ط) اختلاف البيئة والعادة، وتغاير العرف بين الناس باختلاف الأقطار وتفرق الفقهاء فيها.

(ي) الاختلاف السياسي الذي أدى إلى وجود الشيعة والخوارج والمرجئة فكانوا لا يأخذون بحديث ينفرد بروايته أنصار معاوية، كما أن كل فريق لا يأخذ بحديث ينفرد بروايته الآخر، وخاصة فيما يتعلق بنظام الحكم والقضاء.

(ك) القياس نفسه كمصدر للفقهاء كان محل خلاف بينهم في مرتبته مع خبر الأحاد من السنة، بل كان الأخذ بالقياس نفسه قد وجد من الفقهاء من رده ولم يعتبر مصدرا، وكذا اختلافهم في بعض الأدلة والاعتماد عليها كالأستحسان، والأستصحاب، والمصالح، وقول الصحابي.

(١) كتاب أصل الشيعة وأصولها للشيخ محمد الحسن آل كاشف الغطاء ص ٧٨.

(٢) كان من الصحابة من يسمع الحديث من الرسول فيرويه بنفس اللفظ أو بلفظ قريب منه. ويسمى راو أو محدث، أما إذا روى الحكم الذي استفاده من الرواية بحسب نظره واجتهاده فهو مفت وصاحب رأى.

(ل) اختلافهم في تعريف الإجماع هل هو ما يجمع عليه مجتهدو أهل المدينة في عصر من العصور، أم ما يجمع عليه مجتهدو الأمة الإسلامية كلها في عصر من العصور، وترتب على ذلك أن أنكر بعض الفقهاء حكما مصدره إجماع أهل المدينة.

اختلاف الفقهاء كان لا ينتج فرقة :

والاختلاف في الرأي ما دام بعيدا عن العقيدة وأصول الدين ومبادئه الضرورية فإنه يجب ألا يكون سببا في الفرقة والانقسام أو ماثرا للتراع وخاصة أن الفقهاء جميعا يأخذون أحكامهم من أصل متفق عليه وإن اختلفوا في فهم ألفاظه ومقاصده لأن من طبيعة البشر تفاوت الفهم والقدرة على الاستيعاب، بل الاختلاف هنا دليل النضج الفكري.

وينبغي أن يتسع أفقنا لتفهم كل الآراء وأن تتسع صدورنا لكل الأشخاص ما دامت الغاية واحدة، والبحث العلمي مباح لكل من هو أهل له. فمن بحث وثبت عنده الحكم المختلف فيه وقام في نظره الدليل أخذ به وطرح الرأي المخالف في هوادة دون تسفيه أو تشهير، وقد كان السلف الصالح إذا استطاعوا أن يصلوا بالإقناع والحجة البينة إلى الاتفاق في شيء مما اختلفوا فيه فيها، وإلا فيحتفظ كل منهم بما يراه، ويعذر الآخرين ويحسن الظن بهم، وكان يرى كل واحد منهم عند الاختلاف في مسألة فقهية أن رأيه صواب يحتمل الخطأ، وأن رأي غيره خطأ يحتمل الصواب.

وينبغي أن نشير إلى أن الاختلاف إنما تنشأ عنه أقوال فقهية يعتد بها إذا كان نتيجة اجتهاد صادر ممن هو أهل له، وصادف محله فلم يكن اجتهادا في مقابلة نص أو إجماع، أو قولاً بلا دليل.

أما إذا حدث الاجتهاد من غير أهله أو في غير محله، أو كان في مقابلة نص، فما هو إلا إحداث أمر في دين الله ليس منه، ويكون ذلك خلافا لا اختلافا^(١)

(١) وفي الواقع أن معرفة الخلاف من الاختلاف، أو تبين الحد الفاصل بينهما من الصعوبة بمكان، ولا يقدر على معرفته إلا المجتهدون فلا ينبغي الإسراف في القول واتهام الفقهاء بأن أقوالهم خلاف لا اختلاف لمجرد مخالفتها للعب الناقد أو لرأيه.

وينبغي أن يرد دون اعتبار لأن الرسول عليه السلام يقول : «من أحدث في ديننا مما ليس منه فهو رد».

أثر اختلاف الفقهاء في الفقه : ينبغي أولاً أن تعرف أن الشريعة كلها ترجع إلى قول واحد في فروعها وإن كثر الخلاف. كما أنها في أصولها كذلك ترجع إلى قول واحد، بمعنى أنه لا يوجد فيها ما يفهم قولين متناقضين، وإنما أدلتها سالمة من التعارض في ذاتها رغم وجود التعارض والاختلاف في فهم المتأمل فيها وظنه^(١). يدل على هذه الدعوى قول الله تعالى^(٢) : «ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً» وقوله تعالى^(٣) : «فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول» فرد المتنازعين إلى مصدر التشريع ليرتفع الخلاف وقوله تعالى^(٤) : «ولا تكونوا كالذين تفرقوا واختلفوا من بعد ما جاءهم البينات» أي من بعد ما جاءتهم الشريعة. كما أنه لو كان في الشريعة اختلاف لترتب عليه التكليف بالتناقضين : افعل الشيء ولا تفعله، وهذا يؤدي إلى التكليف بما لا يطاق ولا يفهم معه مقصد الشارع.

والشريعة غير الفقه كما علمت، إذ الشريعة هي مجموعة الأوامر والنواهي التي يشرعها الله للأمة على يد رسول منها، أما الفقه فهو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسبة من النصوص أو القواعد العامة. وما دامت الأحكام الفقهية في الغالب طريقها الاجتهاد والاستنباط والناس متفاوتون في هذا تبعاً لاختلاف طاقاتهم، والبيئة التي تأثروا بها فإن ما يستنبطونه من الأحكام يكون مختلفاً تبعاً لذلك. ولذا قيل : إن أغلب أحكام الفقه ظنية.

وما كان اختلاف الفقهاء مفسداً أو ضاراً. وإنما كما يقول الرسول عليه السلام : «اختلاف أمتي رحمة» أي اختلافهم الناشئ عن اجتهاد فيه رحمة للناس

(١) راجع الموافقات للشاطبي ج ٤ ص ٤٤ / ٧٢ فقد بحث الموضوع بحثاً وافياً.

(٢) سورة النساء ج ٥ / ٨٢.

(٣) سورة النساء ج ٥ / ٥٩.

(٤) سورة آل عمران ج ٤ / ١٠٥.

واسعة، يؤيد هذا المعنى قول الرسول ﷺ : «أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم». ونحن إذا تتبعنا القوانين الوضعية في مختلف العصور لوجدناها في الغالب تأتي بأحكام كلية، ثم يأتي الشراح فتباين وجهات نظرهم وتتضارب آراؤهم وخاصة عند تطبيق تلك الكليات على الجزئيات التي تندرج تحتها، تبعا لاختلاف أفهامهم واتجاهاتهم، ثم ينتج عن اختلاف الفهم والتطبيق اختلاف الأحكام وتناقضها في الدعاوى المتشابهة، مع أن مصدر الأحكام واحد متفق عليه في ذاته وهو النص القانوني وإن اختلفت الآراء حول مفهومه.

ومع هذا فلم يقل أحد مطلقا بأن مثل هذا الاختلاف بين الفقهاء في فهم القانون الذي وضع لبينة معينة مما يعنيه؛ فلا يقال إن مثل هذا الاختلاف بين الفقهاء في فهم قواعد الشريعة الكلية وتطبيقها في مختلف العصور والنواحي مما يعيها!.

فاختلاف الفقهاء أمر يتفق مع طبيعة الاجتهاد، وأنه نتيجة حتمية لذلك، وأن الفقهاء جميعا يحومون حول قصد الشارع كل يتغنى الوصول إليه، وكل مجتهد يعتقد أن ما وصل إليه الحق^(١) وهو قصد الشارع، ولذا فإن كل مجتهد يثبت لنفسه قولاً واحداً لا قولين معاً، والمجتهد على كل مثاب على ما بذل من جهد، يقول الرسول ﷺ : «إذا اجتهد الحاكم فأخطأ فله أجر، وإن أصاب فله أجران».

ونستطيع أن نقول ونحن مطمئنون أن شريعتنا بقواعدها الكلية تفتح مجالا قويا للفكر الحر والعمل بما يلائم مصالح الناس وإسعادهم.

(١) وقد سبق أن أشرت إلى أن الفقهاء مختلفون في أن الحق واحد أو متعدد، وتفصيل الموضوع ستأوله عند الكلام عن الاجتهاد، وراجع إن شئت التوسع في كتابنا مباحث الحكم عند الأصوليين.

المبحث الثاني

المذاهب الفقهية المختلفة

التفوق بسبب الخلافة وأثره : إثر وفاة الرسول تشيع بعض المسلمين لعلى ورأوا أن الخلافة يجب أن تكون فى آل بيت رسول الله، وهؤلاء وإن رضخوا- بناء على أمر على لهم- لمبايعة أبى بكر وعمر إلا أنه لم تمت نزعتهم بل بقيت حتى ظهرت بعد اختيار عثمان للخلافة، فاشتد النزاع، ثم قامت الحروب بين الفريقين : وتتابعت الحوادث، وتركت وراءها أحزابا وتكتلوا فرقا فى مواطن مختلفة، ولما وضعت الحرب أوزارها واستقر الأمر للأمويين، انتقلت المشاحة بينهم إلى الجدل النظرى والمحااجة العلمية، وبدأ الجدل بينهم فى أصول الدين^(١) ووُجِدَتْ بسبب هذه الأبحاث مدارس طابعها الواضح هو البحث فى أصول العقيدة مثل الجبرية^(٢) والمعتزلة^(٣)

(١) اختلفوا فى بعض الأصول المتعلقة بالعقيدة بدافع الرغبة إلى معرفة المصيب منهم فى النزاع السياسى والمخطئ، وحدا بهم هذا الجدل إلى النقاش فى تعريف الكفر والإيمان. وأدى البحث فى هذا إلى البحث فى صفات الله، هل كلامه وعلمه قديم أو حادث، وفى القضاء والقدر، وهل الإنسان فى أفعاله مخير أم مسير، وفى إرادة الله وأمره، فهل يريد الله الشر كما يريد الخير؟ إلى غير ذلك من الأمور المتعلقة بأصول الدين والبيعة عن الأحكام الفقهية التى تتعلق بأعمال العباد ومعاملاتهم وسائر شئونهم العملية.

(٢) الجبرية : وأصلهم الجعد بن درهم، أول من تكلم بخلق القرآن، ونفى الصفة عن الله، وقد أخذ عنه هذا جهم بن صفوان الذى كان يعتبر رأس هذه المدرسة ومن أهم مبادئهم أن الإنسان مجبر فى أفعاله. وإذا نسبت الأفعال إلى الإنسان فهي نسبة مجازية لظهورها منه فالإنسان عندهم مسير لا مخير وإيجاب المعارف بالعقل قبل ورود السمع، وهذا المبدأ هو الذى بنى عليه المعتزلة نظريتهم فى التحسين والتقيح العقليين.

(٣) المعتزلة أتباع وأصل بن عطاء ومن مبادئهم أن مرتكب الكبائر فى منزلة وسط بين الإيمان والكفر، بينما الخوارج يعتبرونه كافرا وأهل السنة يرونه مؤمنا فاشقا، والمعتزلة كالجبرية يقولون بنفى الصفات الأثرية وبالتحسين والتقيح العقليين، فيقولون بسلطة العقل وقدرته على معرفة الحسن والقبيح ولو لم يرد بها شرع وأن للشئ صفة فيه تجعله حسنا أو قبيحا، وجعلوا الإرادة الإنسان سلطانا على ما ينتج من أفعاله؛ ولذا يمكن تسميتهم بأصحاب مدرسة حرية الإرادة الإنسانية، وظهر فيهم فلاسفة ذوو شأن مثل أبو الهذيل وسعيد الصلاف وإبراهيم بن يسار المعروف بالنظام.



والمذهب السلفى^(١) ولا يهـ. نينا هنا الكلام عنهم.

كما وجد الجدل بينهم فى مسائل أخرى من صميم الأحكام الفقهية تأثرت بهذه الأحداث السياسية، مثل الكلام فى حكم الإمامة، ومن أحق بها وما يجب أن يتوافر فى الإمام من شروط، ومثل الكلام فى حكم البغاة والمحاربين والخروج على الإمام، مما أدى فيما بعد إلى وجود مذاهب فقهية تبعا لذلك.

وستتکلم أولا عن المذاهب التى كان أساس تكوينها النزاع السياسى وهى مذاهب الشيعة والخوارج، ثم نتكلم عن المذاهب الفقهية المحضة التى جاءت وليدة البحث العلمى والاتجاه فى الاستنباط نحو الرأى أو الوقوف عند الأثر وهى مذاهب أهل السنة.

أولاً - طريقة تكوين مذهب الشيعة والخوارج : فى عهد عثمان انتشرت الجمعيات الهدامة الداعية لخلعه لاستعانة بالأمويين فى كل أعماله، وتكون حزب قوى من المسلمين، ينطوى قلبه على البغضاء للأئمة الموجودين، وأخذ عبد الله بن سبأ - وهو من يهود اليمن الذين أسلموا - يشعل نار هذه الفتنة^(٢) حتى قتل عثمان، وبائع كثير من المسلمين عليا، لأنه أحق بالخلافة فى نظرهم، غير أن طلحة والزبير ومعاوية خرجوا عليه لأنه قعد عن نصرة عثمان،

(١) المذهب السلفى : وإن كان أهل السنة فى الغالب وعلى رأسهم الثورى ومالك وابن حنبل لم يحاولوا المجادلة فى مجال العقائد، وكانت أبحاثهم فى المسائل الفقهية؛ إلا أنه يمكن استخلاص آراء أهل السنة فى هذه المسائل مما نسب إلى أبى حنيفة فى كتابه (الفقه الأكبر) فى علم التوحيد، وأن أبا الحسن الأشعري كتب فى الرد على المعتزلة بعد أن تركهم - وظهرت له آراء فى هذه المسائل ، وكذلك جاء ابن تيمية والغزالي والرازي ويبحثوا فى هذا مع أبحاثهم فى الأحكام الفقهية .

(٢) تنقل فى البلاد الإسلامية لإثارة الفتن، فذهب إلى الحجاز ومدينتى البصرة والكوفة ثم الشام، ولما نفاه عثمان من المدينة استقر فى مصر ودير مؤامرة حاكها باسم التشيع لعلى، وأعلن أن الخلفاء الثلاثة غاصبون، ولقن الناس أن لكل نبى وصيا وأن عليا وصى محمد للخلافة وأن الناس لم يعلموا بأمر النبى فظلموا عليا ويلزمهم أن يقرروا بحقه، وأن روح الله حلت فى كل نبى وقد انتقلت بعد وفاة محمد إلى على . . . ولقد نفاه على أيضا ولم يرض منه هذا، راجع عقيدة الشيعة، درأيت م. رونلد ص ٥٨ وهو معرب، ونشأة الفكر الفلسفى فى الإسلام ص ٥٦ والإمامة والسياسة لابن قتيبة.



كما أنه لم يقتصر من قتلته بعد، ووقف جمع من الصحابة على الحياد فلم يبايعوا أحدا، وحدثت فتنة من جديد قتل فيها طلحة والزبير في واقعة الجمل، أما معاوية فقد أحس بحرج موقفه في القتال في «واقعة صفين» فإنه أوعز إلى جنوده برفع المصاحف على أسنة الرماح وطلب التحكيم، فانقسم فريق على : ورأى بعضهم قبول التحكيم، لأن الحرب بينهم لإعلاء كلمة الله وقد دعوا إليها، ورأى الآخرون رفضه لأنها خدعة حربية. فاضطر على لقبول التحكيم تبعا للفريق الأول الأغلب، فانشق عليه الفريق الثاني، وقالوا : إن التحكيم يتضمن الشك في أيهما المحق مع أنهم حاربوا عن إيمان بأنهم على حق، وخرجوا إلى قرية قريبة من الكوفة اسمها «حرورا» وأمرؤا عليهم أحدهم وهو عبد الله بن وهب الراسبي وناووا عليا فقاتلهم، فدبروا مقتله، فاستقر الأمر لمعاوية ووجدت الفرق الدينية : الشيعة وهم أنصار علي، والخوارج وهم ضد فريق علي وفريق معاوية من الأمويين. وأهل السنة الذين رضخوا لسلطان ولي الأمر وكانوا بعيدين عن النزاع. وأيا ما كان فإن عليا نفسه - وكان موضع تكريم عند الخلفاء الثلاثة من قبله يستشيرونه ويستعينون به في الحكم والفتوى والحرب - لم يقل عنه أحد أنه ادعى لنفسه سلطة روحية أكثر مما كان لغيره من الخلفاء.

الخوارج «الجمهوريون» وفقههم : كَوْنُ الخوارج من أنفسهم حزبا نائرا يقوم على أساس ديني، وهو أن الخروج على المنكر والظلم أمر واجب على كل فرد قولا وفعلًا، كما يفهم من قول الله تعالى^(١) : «يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر» وهم يرون أن السلطان حق من حقوق الله، ليس لأى فرد حق فيه لشخصه، حتى يملكه ويورث عنه، ومن ناحية أخرى فإن مذهبهم يقوم على أساس أن الحكم ما دام تحت سلطان الدين فإنه إذا تصادم الدين مع الجماعة الحاكمة انحازوا إلى جانب الدين وخرجوا على الجماعة الحاكمة، فالتقصير في أمر من أمور الدين يعتبر عندهم خروجًا على الدين وكفرا به، ولذا نستطيع القول بأن مذهبهم قام على نقطتين أساسيتين :

(١) سورة التوبة ج ٣ / ٧١.

الأول: نظرية الخلافة وهي أنها يجب أن تكون وليدة انتخاب حر من المسلمين وإن كان المرشح لها عبدا. كما يرون أنها تتعدد باختلاف الديار، ومن يتخب ليس من حقه أن يتنازل أو يحكم، فإذا انحرف وجب عزله، فهم أشد الفرق الإسلامية معارضة لقيام الملكية والحكم المورث.

النظرية الثانية: أن العمل بأوامر الدين جزء من الإيمان فمن آمن بالله ورسالة محمد عليه السلام ولم يعمل بفروض الدين فهو كافر عندهم.

كما أنك تجد لهم طابعا فقهيا خاصا، فمثلا الطهارة الواجبة للصلاة يرون أنها ليست طهارة البدن فقط، وإنما هي طهارة النفس أيضا. وطهارة اللسان من الكذب والقول الباطل الضار بالغير، وبغير ذلك لا تتم الطهارة التي يتوقف على تحققها صحة الصلاة، وتبعا لذلك فإن الرشاية والعداوة بين الناس والقول الفاحش تخرج الشخص من الطهارة، أي مبطله لوضوئه.

كما أنهم ذهبوا إلى تخطئة القائلين برجم الزاني المحصن^(١)، وقالوا إن الواجب هو حد الجلد لمعوم قول الله تعالى: ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾.

كما أنهم اتجهوا إلى قصر تحريم الزواج بسبب الرضاع على من نصت عليهم الآية: ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾ كما أجازوا الجمع بين الزوجة وعمتها أو خالتها^(٢)، وانقسم الخوارج إلى فرق^(٣)، أشهرها الإباضية.

(١) راجع المغني لابن قدامة ج ٨ ص ١٥٧ دولا نعلم مخالفا في وجوب رجم المحصن رجلا كان أو امرأة إلا الخوارج فإنهم قالوا الجلد للبكر والثيرب. وقالوا لا يجوز ترك كتاب الله الثابت بطريق القطع لأخبار آحاد يجوز الكذب فيها، ولأن القول به يفضي إلى نسخ الكتاب بخبر الواحد من السنة.

(٢) راجع المغني ج ٦ ص ٥٧١، ٥٧٣ وراجع أيضا رد ابن قتيبة عليهم في تأويلهم مختلف الحديث ص ٢٤١ / ٢٥.

(٣) ومنها الأراقة أصحاب نافع بن الأزرق، والنجدة أصحاب نجدة بن عامر، والصفرية أصحاب عبد الله بن صفار السعدي، راجع تاريخ الجمعيات السرية والحركات الهدامة لمحمد عبد الله عثان، فجر الإسلام لأحمد أمين، تاريخ الإسلام السياسي لحسن إبراهيم، نهاية الأرب للنويري، وحيون الأخبار لابن قتيبة.



الإباضية : نسبة إلى عبد الله بن إياض التميمي، توفي بالبصرة سنة ٨٥ أو ٨٦ للهجرة، وكان أول ظهور هذا المذهب في البصرة في منتصف القرن الثاني الهجري وهم يرون أن الإمامة تتعدد باختلاف الأوطان، وهم متفقون مع المذاهب الأربعة في كثير من مسائل الفقه، ومن أهم ما يعرف عنهم من مسائل الفروع إجازتهم الوصية للوارث إذا أجازها الورثة، وقولهم بالوصية الجبرية كما أسقطوا حق الشفعة بتنازل الشفيع عنها ولو قبل البيع، وكذا إذا كان البيع من الأب لابنه أو العكس أو من أحد الزوجين للآخر وأبطلوا نظام الوقف في غير المسجد.

ومصادر الفقه عندهم الكتاب والسنة والإجماع والقياس عند انعدام النص، غير أن القياس عندهم لا يعمل به ما دام هناك نص حتى ولو خبر آحاد، فالقاعدة عندهم : «لاحظ للنظر مع عدم وجود الأثر» ولهم مؤلفات كثيرة في الفقه والحديث.

والإمامة عندهم ببلاد عمان شرق جزيرة العرب، ولهم أتباع بشمال أفريقيا بالجزائر وطرابلس^(١).

الشيعية «الملكيون» : وهم الذين قالوا إن علياً أحق بالخلافة لأنها ميراث أدبى عن الرسول، وأنه موصى له بها منه، وأطلقوا عليه وصى رسول الله، وقالوا : إن كل خليفة يجب أن يوصى بمن يخلفه.

فالإمامة عندهم ركن من أركان الدين لا يجوز لنبي إغفالها، ولا تفويض أمرها للأمة، وليست من المصالح العامة التي تفوض إلى نظر الأمة لينتخبوا من بينهم أصلحهم.

(١) وقد التقيت بوكيل إمارة عمان السيد الفاضل الشيخ إبراهيم إطفيش وحدثني عن مذهبيهم وأنه جاء إلى مصر سنة ١٩٢٣ مبعداً من الفرنسيين. وقال إن من أهم كتبهم في الشريعة قاموس الشريعة، ومنهاج الطالبين، والإيضاح، وديوان الأشياخ، والفضياء، والجواهر النظام، وشرح النيل، وهو كتاب قيم مطبوع بمصر. وقد توفي بمصر ودفن بها في أواخر سنة ١٩٦٥.

وقد أجمعوا على أن الخلافة بالتالى للإمام على وولديه الحسن والحسين ثم على زيد العابدين بن الحسين، وتفرقوا بعد ذلك إلى عدة فرق^(١) بسبب الخلافة من أشهرها الزيدية والإمامية.

الزيدية : يرون الخلافة فى رمنهم لزيد بن على زين العابدين بن الحسين ابن على بن أبى طالب^(٢) ومذهبهم أعدل مذاهب الشيعة وأقربها إلى أهل السنة ومدرسة الراى منهم خاصة التى استوطنت العراق موطن شيعة على، غير أنهم خالفوا فئة أهل السنة فى بعض مسائل منها : أنهم حرموا أكل ذبيحة غير المسلم، ولم يجيزوا المسح على الخفين فى الطهارة، ولم يجيزوا الزواج بالكتائبات أخذاً من قوله تعالى^(٣) : ﴿وَلَا تَحْسَبُوا بِعَصَمِ الْكُوفَرِ﴾ كما أنهم خالفوا غيرهم من مذاهب الشيعة فى مسألة نكاح المتعة فأبطلوه موافقين فى ذلك مذاهب أهل السنة.

أما فى مسألة الخلافة فيرون جواز إمامة المفضل مع وجود الأفضل، ولا يرون الإمامة بالنص. بل هى جائزة فى كل فاطمى مجتهد شجاع فى الحق راهد يخرج على السلطة مطالباً بالخلافة، ولذا كثر فيهم المجتهدون وانتشرت آراؤهم فى الفقه ولا يزالون حتى الآن باليمن.

وقد أسس يحيى بن الحسين حفيد القاسم الرسى حكومة الزيدية فى اليمن سنة ٢٨٨هـ وكان هو الإمام الأول بصنعاء، ومن أشهر كتبهم «المجموع» وهو يحوى الأخبار والفتاوى التى رويت عن الإمام زيد بن على، وكتاب الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير لشرف الدين الحسين بن أحمد المتوفى سنة ٢٢١هـ.

(١) فمنهم من يرى جعلها فى ولد فاطمة بنت النبى وروجة الإمام على بالنص عليهم واحداً بعد واحد وهم الإمامية، ومنهم من جعلها فى ولدها ولكن بالاختيار وهم الزيدية، ومنهم من جعلها بعدهم إلى محمد بن الحنفية وهم الكيسانية.

(٢) كان متضلعا فى علوم القرآن والفقه وسمى حليف القرآن، وتلمذ لواصل بن عطاء رأس المعتزلة، خرج على هشام بن عبد الملك فقتله وصلبه سنة ١٧١هـ؛ ونسب إليه كتاب عظيم فى الفقه الإسلامى اسمه «المجموع الكبير» وقد تعددت شروحه فيما بعد.

(٣) سورة الممتحنة ٢٨ / ١٠.

الإمامية الاثنا عشرية «الجعفرية» ، سموا بذلك لأن لهم اثني عشر إماماً^(١).

وفى الواقع أن الزيدية والإمامية وإن اتفقا على القول بالإمامة إلا أنهما يختلفان بشأنها. فيرى الزيدية أنها لا تقف عند عدد معين، والإمام عندهم يعرف بالوصف الذى يجب أن يتحقق فيه. أما الإمامية فإن الأئمة عندهم اثنا عشر فقط وعرفوا بالنص.

وقد خالف الإمامية أهل السنة فى بعض مسائل الإرث اختلافا جوهريا فى بعض النواحي، واختلافا جزئيا فى نواح أخرى، ويتفقون كل الاتفاق مع المجمع عليه فى المذاهب الأربعة أحيانا ويختلفون مع البعض الآخر فى مواضع^(٢)، كما يخالفون أهل السنة فى كثير من المواضع أهمها : أنهم لا يعترفون بالإجماع الذى هو اتفاق علماء الأئمة^(٣)، ولا يعترفون بالقياس باعتبارهما من مصادر التشريع، لأن الله فى كل مسألة صغرت أم كبرت حكما معينا عرف للرسول ولائمتهم الذين أوصى لهم بالإمامة مع عصمتهم عن الخطأ، كما يرون أن الكذب على الرسول مبطل للصيام، ويجب فيه القضاء والكفارة، ويرون تأخر الفطر إلى زوال الحمرة المشرقية لا بمجرد غياب الشمس، أى أنهم يتأخرون بعض الوقت فى الإفطار. كما أنهم يشترطون فى العقود أنها لا تتم إلا بالعربية لمن يعرفها، ويرون الطلاق غير

(١) أولهم على بن أبى طالب، والحسن والحسين، وزين العابدين، ومحمد الباقر وابنه جعفر الصادق إمام مذهبهم المتوفى سنة ١٤٨ هـ وموسى بن جعفر، وعلى بن موسى الرضا ومحمد النقى، وعلى النقى، والحسن العسكري الزكى، وكان آخرهم محمد المهدي وهو الإمام الثانى عشر. ويقولون إنه لم يمت وإنما اختفى ولا يزال حيا لم يختفيا إلى آخر الزمان. ويرون أن علماءهم نواب عنه فى غيبته. ثم يخرج المهدي فى آخر الزمان فيملأ الأرض عدلا كما ملئت جورا، ولذا فهم يسمونه بالمهدي المنتظر، ومع هذا فهم يعتقدون بالرجعة. أى أن الله يحيي بعض الموتى ويميدهم إلى الحياة الدنيا مستندين إلى قوله تعالى : ﴿الم تر إلى الذين خرجوا من ديارهم وهم ألوف حذر الموت فقال لهم الله موتوا ثم أحياهم﴾ سورة البقرة ج ٢ / ٢٤٣.

(٢) راجع الميراث عند الجعفرية للأستاذ الشيخ محمد أبى زهرة.

(٣) ومع هذا فهم ينظرون إلى الإجماع المعترى نظرة أخرى إذ يرونه الاتفاق المشتغل على قول الإمام المعصوم لا مجرد اتفاق العلماء على قول ولا يقبل الإجماع مع هذا عندهم إلا إذا صدر من أهل البيت. راجع التقرير والتحجير ج ٣ ص ٩٨.

واقع إذا لم يصدر أمام شاهدين^(١) لمعوم قوله تعالى^(٢) ﴿فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾.

والطلاق الثلاث في مجلس واحد يعتبر عندهم طلاق واحدة^(٣) ولا ينعقد الطلاق عندهم بالحلف، ويمنعون تزوج المسلم بالكتاية، ولا يعتبرون الرضاع محرماً للزواج إلا إذا بلغ خمس عشرة رضعة متواليات من امرأة واحدة من لبن زوج واحد لم يفصل بينها رضاع امرأة أخرى، كما يجيزون زواج المتعة والزواج المؤقت الذي يكون محددًا وقته عند التعاقد مخالفين في ذلك جميع أهل السنة والزيدية من الشيعة أيضاً. وهم يقصدون به الزواج من امرأة خالية من الموانع الشرعية. ويلزم فيه عقد ومهر ويترتب عليه ميراث الولد وعدة الزوجة باتقضاء المدة أو الانفصال قبلها. وموطنهم الرسمي في إيران، ويتبعهم جمهور كثير في العراق ولهم محكمة خاصة في لبنان، كما لهم أتباع كثيرون في باكستان ومئات الألوف في سورية، وفي أفغانستان.

ثانيًا - مذهب أهل السنة : تختلف مذاهب أهل السنة الجماعية عند نشأتها عن بعضها البعض بالقياس إلى مقدار بعدها عن الرأي أو قسريها منه، أو بعبارة أخرى كانت عند نشأتها موزعة بين مدرستين: مدرسة الرأي، ومدرسة الحديث، وقد سبق بيان ذلك، إلا أن هذه المذاهب فقدت مع الأيام في مجرى تطورها ما بينها من حدود فاصلة فتقاربت الفوارق والاتجاهات.

والكُتَّاب الذين قصدوا الكتابة قديماً عن تاريخ المذاهب، وبيان وجهاتها متفاوتون في نسبة بعض هذه المذاهب إلى مدرسة أهل الرأي، أو إلى مدرسة

(١) وبما حيداً لو بحث موضوع الطلاق ووضح له تشريع يحد من الفوضى التي عليها الناس، وقد كتبت في ذلك فأرجع إلى مقالاتي في جريدة الأهرام في مارس سنة ١٩٥٣.

(٢) سورة الطلاق ج ٢٨ / ٢.

(٣) والقانون المعمول به الآن في مصر على ذلك.

الحديث. فهذا ابن قتيبة^(١) يذكر مالكا والشافعي مع أبي حنيفة في فقهاء الرأي. بينما الشهرستاني^(٢) يعد أبا حنيفة بين فقهاء مدرسة الرأي، ويعد مالكا والشافعي وأحمد وداود الظاهري من فقهاء مدرسة الحديث، وتبعه في ذلك تقريبا ابن خلدون^(٣).

ومع هذا فإنهم لم يختلفوا في أن الإمام أبا حنيفة وفقهاء مذهبه، من مدرسة الرأي، كما أنهم لم يختلفوا في أن داود الظاهري وأحمد بن حنبل ممن يقفون عند الأثر، ولا يتجهون إلى الرأي، ولذا فإننا نستطيع أن نتصور - بصرف النظر عن الاعتبارات الأخرى - أن داود الظاهري على رأس مدرسة الحديث من ناحية أنه أبعدهم عن الرأي، ومن بعده أحمد فالشافعي فمالك، وأن الإمام أبا حنيفة على رأس مدرسة الرأي من ناحية أنه أقربهم إليه.

وإننا ستقدم لك تلك المذاهب الأربعة المعروفة في عرض موجز موليا وجهتي في التحدث عنها ناحية التاريخ الفقهي، معرضا عن التاريخ الشخصي إلا بالقدر الضروري، كما أشير إلى بعض المذاهب التي اندثرت وانقرض أتباعها وأصبح لا يعرف عن فقهاء شيء إلا متفرقات جاءت في بطون الكتب القديمة وهي في جملتها بضعة عشر مذهباً.

أولاً - المذهب الحنفي، تكوينه ومصادره : برز في مدرسة ابن مسعود فقيه الرأي فطاحل الفقهاء، فهذا شريح الكندي الذي مارس القضاء حقبة من الزمن مع ميله الشديد للأخذ بالرأي، وكان من بعده الفقيه إبراهيم النخعي فقيه الرأي، وعامر بن شرحبيل الشعبي غير أنه كان - رغم دراسته في مدرسة الرأي - يكرهه ويقف عند الآثار، ولذا فإنه غذى هذه المدرسة بما جمع وحفظ من أحاديث.

ثم جاء من بعدهم حماد بن سليمان فمزج فقه النخعي بفقه الشعبي، ولقن هذا المزيج لتلاميذه بالكوفة، وكان فيهم أبو حنيفة النعمان الذي فاق جميع قرنائه،

(١) المعارف ص ٢١٦ / ٢٣٠. (٢) الملل والنحل ص ١٦٠. (٣) المقدمة ص ٣٧٥.

وتلقى رعاية هذه المدرسة من بعد شيخه حماد والتف حوله الراغبون في التفقه وبرر منهم أبو يوسف ومحمد وزفر والحسن بن زياد اللؤلؤي وعملوا معه على تكوين المذهب الحنفي في القرن الثاني الهجري في أواخر العهد الأموي، وأخيرا أطلق الفقهاء على أبي يوسف ومحمد كلمة الصاحبين وعلى أبي يوسف وأبي حنيفة كلمة الشيوخين، وعلى أبي حنيفة ومحمد كلمة الطرفين، أما زفر والحسن ابن زياد فإن كلا منهما يسمى باسمه لقصر مدته.

مسالكهم وأصولهم : فقهاء هذا المذهب كما يقول عنهم البزدوي: «يستخرجون المعاني من النصوص لبناء الأحكام»، وقد كان من الضروري حقا مراعاة الرأي^(١) والنظر في الاستنتاج الفقهي، لأنه كما يقول الشهرستاني: «والنصوص متناهية والوقائع غير متناهية، وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى» والمصدر الذي يرجع إليه فقهاء جميع المذاهب هو القرآن فإنهم لا يختلفون عليه وإن اختلفوا في فهم مدلوله وإشارته وطرق الاستنباط منه، ومن بعده السنة غير أن فقهاء الأحناف لا يأخذون بالحديث إلا إذا كان متواترا ترويه جماعة عن جماعة، أو كان مشهورا اتفق فقهاء الأمصار على العمل به من العصر الثاني، أو رواه صحابي واحد أمام جمع منهم ولم يخالف فيه أحدهم، إذ يعتبر سكوتهم إقرارا له فلإن لم يكن شيء من ذلك نظروا: هل أجمع المسلمون على حكم فإن كان اتبعوه، وإلا أخذوا بالرأي عن طريق القياس والاستحسان، وقد كان تشددهم في الحديث وعدم أخذهم بخبر الأحاد الذي لم يروه جمع من الصحابة، أو رواه أحدهم، لكنه لم يكن مشهورا عند التابعين، سببا في توسعهم في الاجتهاد والرأي.

وقد اجتمع لهذا المذهب من أسباب الانتشار ما لم يجتمع لغيره، ففي العهد العباسي ازداد نفوذه، كما كان المذهب الرسمي للدول التي تأثرت في تشريعها الفقهي بالحكم العثماني. كالجمهورية العربية المتحدة، والجمهورية السورية، والسودان، ولبنان، وهو المذهب الذي يتعبد عليه المسلمون من سكان تركيا،

(١) ويشمل الرأي العمل بالقياس كما يشمل ترك القياس والعمل بالاستحسان مراعاة المصلحة.

وبعض البلاد التي خضعت لحكمها كالبانيا، ومثل مسلمي البلقان والقوقاز، وهو المذهب الغالب في أفغانستان والباكستان والصين والهند، وله أتباع في العراق، ولقد كان لاتصال أبي يوسف بالخلفاء العباسيين وشدة نفوذه عندهم وتنصيبه على ولاية القضاء، الفضل في الانتشار السريع الذي لاقاه هذا المذهب^(١).

الإمام أبو حنيفة : هو النعمان بن ثابت، ولد بالكوفة سنة ٨٠ هـ وتفق فيها، جلس في مسجد الكوفة إلى حلقات درس علم الكلام فبرع فيه، وصنف في ذلك كتابه الفقه الأكبر ثم اتجه إلى دراسة الفقه فدرس على حماد بن أبي سليمان.

كان إماما محققا فقيها أميناً ثبتاً في رواية الحديث لا يروى إلا الصحيح، واسع المال مصدر ماله تجارته، رفض القضاء في عهد الأمويين والعباسيين فجلد وسجن، ونقل عنه أنه كان يرى في القضاء ما يعرضه لغضب السلطان إن أرضى الله، وغضب الله إن أرضى السلطان^(٢). ومع هذا فقد كانت هناك نزعة بين العلماء للبعد عن السلطان. والظاهر أن تعذيب الإمام لم يكن في الحقيقة لمجرد رفضه القضاء، وإنما كان لأنه يتهم بالتشيع للعلويين وعدم رضائه عن الدولة العباسية والأموية^(٣).

(١) يقول ابن حزم : «مذهبان انتشرا في بدء أمرهما بالرياسة والسلطان : الحنفى بالمشرق، والمالكي بالمغرب».

(٢) ويروى أن المنصور لما استقدم أبا حنيفة وعرض عليه القضاء فأبى «حلف عليه ليفعلن، فحلف أبو حنيفة أيضا بأنه لا يقبل القضاء ولا يتولاه. فقيل له : ألا ترى أمير المؤمنين يحلف؟ قال : هو أقدر مني على كفارة اليمين. ويروى أنه قال للمنصور في هذا : اتق الله ولا تشرك في أمانتك إلا من يخاف الله، والله ما أنا بأمون الرضا فكيف أكون مأمون الغضب؟ إنى لا أصلح لذلك. فقال له : كذبت أنت تصلح، فقال أبو حنيفة : فقد حكمت على نفسك فكيف يحل لك أن تولي قاضيا على أمانتك وهو كذاب؟

(٣) يقول رفر بن الهذيل : «إن أبا حنيفة كان يجهر بالكلام جهارا شديدا ضد المنصور، قلت له والله ما أنت بمته حتى توضع الحبال في أعناقنا».

كان لا يأخذ بالحديث إلا إذا كان متواترا أو مشهورا عمل به فقهاء الأمصار^(١)، وهذا يضطره إلى التوسع في القياس والاستحسان؛ وعرف بالمهارة في فقه الحديث فرعان ما يفرع من الحديث، ويستخرج الأحكام بعد أن تصح روايته فهو لم يخالف حديثا صحيحا بلغه، بل أخذ بالحديث المرسل^(٢) إذا رواه الثقات، وكان يعرض أخبار الأحاد على عموميات الكتاب وظواهره، فإذا تعارضا ترك الخبر عملا بأقوى الدليلين، كما أنه لا يأخذ بخبر الواحد إذا خالف سنة مشهورة أو عمل أحد من الصحابة والتابعين في أي بلد، أو كان قد طعن فيه أحد من السلف، فهو لم يخالف الأحاديث عنادا، وإنما خالفها اجتهادا لحجج واضحة ودلائل صالحة، كما أنه إن قلت روايته في الحديث فإن مرجع ذلك إلى تشدده في شروط الرواية والتحمل.

ومع هذا فالمعروف أن تلاميذه من بعده قد جمعوا الآثار من مروياته فهذا مسند الإمام أبي يوسف، وكذا مسند محمد بن الحسن، والحسين بن زياد، وحماد ابن أبي حنيفة وغيرهم، وكانت جملتها خمسة عشر مسندا جمعها الخوارزمي المتوفى سنة ٦٥٥ هـ في كتاب أسماه (جامع المسانيد)^(٣).

والواقع أن أبا حنيفة كان أول من حاول تنظيم الفقه على أساس القياس مما تسبب عنه أول هجوم منظم ضد مبدأ القياس والرأي واستعماله في الفقه.

كما أنه لم يقف باجتهاده عند المسائل الواقعية، بل كان يفترض المسائل ويقلبها على جميع وجوهها، ثم يستنبط أحكام كل ذلك مما وسع دائرة الفقه وكان

(١) قيل عنه أنه كان يجعل للرأي الطليق مكانه الأول بالنسبة للاستنتاج الفقهي، وأنه رد كثيرا من الأحاديث في سبيل الرأي، وأنه لم يبن مذهبه إلا على سبعة عشر حديثا، وطعن الظاهرية على مذهبه بأنه فلسفة فارسية صيرت الفقه الذي هو من الشريعة المنزلة عملا وضعيا.

(٢) المرسل : هو الحديث الذي لم يذكر فيه اسم الصحابي الذي رواه، وقد أخذ به فقهاء الأحناف والمالكية وغيرهم، وخالف في الأخذ به الشافعي إلا بشروط ليس هنا محل ذكرها.

(٣) هذا يخالف ما قاله ابن خلدون ص ٣٨٨ من أن رواية أبي حنيفة للحديث بلغت فقط سبعة عشر حديثا.

بحق خير من اشتغل بالفقه التقديرى وفرض المسائل. وقد كَوَّنَ مذهبه بطريق الشورى مع أصحابه. تعرض عليهم المسألة فيجيب عنها كل منهم بعد بحث وتمحيص، ثم يرفعونها إليه فينتهى معهم فيها إلى رأى موافق أو مخالف ثم يأمر بكتابته.

ومع هذا فقد تناول فقه الإمام الحيل الشرعية^(١)، وخصوصا فى مسائل المعاملات، وعرف بها مذهبه. وهذه الناحية من الفقه جاءت نتيجة السعى وراء التوفيق بين المثل الأعلى والحقيقة الواقعة، والتقريب بين الفقه والحياة. وقد بدأت الحيل أولا فى محيط الأيمان ثم امتدت إلى أبواب الفقه الأخرى، ولا يعد هذا غريبا، وفقهاء الكوفة عموما اهتموا بالحياة العملية واتخذوا الرأى مرجعا مما اضطرهم إلى اتخاذ الحيل لتيسير هذا السبيل.

وبالجملة فإن تعاليم أبى حنيفة فى الواقع ليست أصولا مخترعة من عنده، ولكنها حلقة من حلقات التطور، كما أنه خلق بمذهبه حياة فكرية حرة جعلت الناس ينقسمون فى مذهبه إلى مؤيدين ونقاد ومعارضين، مات سنة ١٥٠هـ.

القاضي أبو يوسف : هو يعقوب بن إبراهيم بن سعد الأنصارى ولد سنة ١١٣ بالكوفة ومات بها سنة ١٨٢هـ. درس على أبى حنيفة فأمدّه بالعلم والمال، وتفقه قبل ذلك على ابن أبى ليلى ثم رحل إلى المدينة، وأخذ عن مالك الحديث والفقه، ووجد بضاعته تختلف عن بضاعة الإمام أبى حنيفة فوازن وقارن وناظر مالكا وجادله وحاجه، ثم رجع إلى العراق مزودا بعلم الحجازيين وحديثهم، فجمع بين المدرستين وقرب بينهما، كما اشتغل برواية الحديث وحفظ

(١) ابتدعت المدرسة الكوفية الحيل الشرعية واهتم بها المذهب الحنفى، والأصل فى شرع الاحتياط قول الله تعالى فى قصة أيوب: ﴿وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحث﴾ ولا يجيز مالك وأحمد استعمالها مطلقا. وهى محل تفصيل عند الأحناف والشافعية. راجع لنا الفقه الإسلامى طبعة سنة ١٩٥٧ فى الاحتياط على إسقاط الشفعة، وراجع للدكتور على حسن عبد القادر فى كتابه نظرة عامة فى تاريخ الفقه الإسلامى (الحيل الشرعية) من ص ٢٣٦/٢٤٣ وأعلام الموقعين ج ٣ من ص ١٧١.

منه قدرا كبيرا، وكثيرا ما خالف إمامه فى الراى لاختلاف فى التعليل، أو لرجوعه عن الراى وأخذ بالاثـر الذى بلغه وصح عنده^(١).

اشتغل بالقضاء من سنة ١٦٦هـ حتى عين قاضى القضاة فكان أول من عين على ولاية القضاء، وقد تعرض لنقد الفقهاء اللاذع فى أول توليه القضاء لبغضهم الاتصال بالحكام، إلا أنه استفاد فى فقهه لأنه خبر الحياة العملية، ومن ناحية أخرى فقد كان داعيا قويا لنشر المذهب الحنفى إذ قصر التعيين فى القضاء على من درسوا هذا المذهب، كما عمل على أن يخصص الخليفة الأرصدة والمكافآت لمن درس الفقه الحنفى، ألف كثيرا من الكتب، وإن كان لم يبق منها سوى : كتاب الرد على سير الأوزاعى، وكتاب الخراج الذى كتبه بتكليف من أمير المؤمنين هارون الرشيد. ليكون أساسا ماليا.

محمد بن الحسن الشيبانـه ، ولد سنة ١٣٢هـ «بواسط» أثناء سفر والده فى جند الشام إلى العراق، وأصله من قرى دمشق ومات سنة ١٨٩هـ بالرى فى طريقه مع الرشيد إلى خراسان، ونشأ بالكوفة، وأدرك الإمام أبا حنيفة قبل وفاته وتلمذ عليه فترة قصيرة، ثم درس على أبى يوسف، ثم رحل إلى الحجاز وحفظ الحديث، والتقى بالإمام مالك بالمدينة فدرس عليه الفقه والحديث، ومكث فى المدينة فى طلب العلم أكثر من ثلاث سنين، كما أخذ الفقه أيضا عن الأوزاعى.

جمع كصاحبه من قبله بين مدرستى الراى والحديث، وعمل على التقريب بينهما! وقد تفوق على أبى يوسف فى الفقه مما أوجد بينهما وحشة فى أواخر الأيام، كما تفقه على الشافعى حينما رحل إلى العراق. كذلك عيسى بن إبان (١) يقول فى كتابه الخراج : «قد كان أبو حنيفة وابن أبى ليلى يقولان «ليس فيما يخرج من البحر من حلية وعنبر شيء لأنه بمنزلة السمك». أما أنا فإنى أرى فى ذلك الخمس والأربعة أخماس لمن وجده لانا قد روينا فيه حديثا عن عمر رضى الله عنه ووافقه عليه ابن عباس فاتبعنا الاثر ولم نر خلافا».

المتوفى سنة ٢٢٠هـ، ومحمد بن سماعة المتوفى ٢٢٣هـ، ولى فى عهد الرشيد قضاء الرقة، ولما غضب عليه عزله^(١) لكنه قد استداناه منه بعد ذلك.

وقد أفاد محمد المذهب الحنفى أعظم فائدة، من ناحية توليه القضاء، ومن ناحية درسه لفقه المدرستين وحفظه الحديث وقد كان له الفضل من ناحية تفريع المسائل من الأصول، وتدوين الفقه فى كتب كثيرة أشهرها كتب ظاهر الرواية الستة: المبسوط، والزيادات، والجامع الصغير، والسير الصغير، والسير الكبير، والجامع الكبير، وهى تعتبر أصول المذهب الحنفى وتسمى مسائل الأصول. وقد رواها عنه رواة ثقات، وقد جمعت الكتب الستة كلها فى كتاب الكافى لأبى الفضل المروذى المعروف بالحاكم الشهيد المتوفى سنة ٣٤٤هـ وشرحه جماعة: منهم السرخسى فى كتابه المبسوط، وهناك مسائل أخرى أطلق عليها الفقهاء اسم النوادر، وقد دونت فى كتب^(٢) غير ظاهر الرواية.

وبالجملة فقد كان محمد صاحب الفضل الأكبر فى تدوين المذهب، كما وجد فى المذهب ما سمي بالفتاوى والواقعات وهى ما استنبطه مجتهدو المذهب لأحكام لم يجدوها فى كتب ظاهر الرواية وكتب النوادر مثل كتاب الحيل والوقف للخصاف المتوفى ٢٦١هـ، وكتاب النوارى لأبى الليث السمرقندى المتوفى سنة ٣٧٣هـ. وهناك من تلاميذ الإمام أيضا زفر بن الهذيل^(٣) والحسن بن زياد^(٤).

(١) يروى أن الرشيد أقبل فى يوم فقام الناس كلهم إلا محمد بن الحسن، فخرج الأذن ونادى عليه، فجزع أصحاب له، فلما سأله الخليفة مالك لا تقف مع الناس قال له: «كرهت أن أخرج عن الطبقة التى جعلتنى فيها بأنك أعلتنى للعلم فكهرت أن أخرج إلى طبقة الخدم».

(٢) مثل الهارونيات نسبة إلى ما أملى من مسائل الفقه فى عهد هارون الرشيد، والكيسانيات نسبة إلى راويها شعيب بن سليمان الكيسانى، والرقيات كتاب جمع فيه محمد بن الحسن ما عرض له من المسائل وهو قاضى الرقة، ومنها الجرجانيات وكتاب المخارج فى الحيل وزيادات الزيادات.

(٣) زفر بن قيس ولد سنة ١١٠هـ طلب الحديث وأخذ عن أبى حنيفة فقهه وصار من أهل رأى، وكان فى القياس أحد من شيوخه وأصحابه، أكره على القضاء فأبى واختفى مدة فهدم منزله، فبقى فى المكان الذى هو به مقبلا على العلم والعبادة حتى مات سنة ١٥٨هـ.

(٤) الحسن بن زياد المتوفى سنة ٢٠٤هـ تتلمذ على أبى حنيفة وكان يعد من رواة آرائه واشتهر برواية=

هذا وإن كان الاختلاف بين آراء أبي حنيفة وكل من صاحبيه ليس أقل من الاختلاف الحاصل في المذاهب المختلفة إلا أنه مما لا شك فيه أن الذي كان بين آراء الأئمة لم يبق على ما هو عليه. إذ اتصال هؤلاء التلاميذ وغيرهم بأئمة المدرسة الأخرى قرب وجهات النظر ومزج بعض الشيء طريقة أهل الحديث بطريقة أهل الرأي.

ثانياً - المذهب المالكي ومصادره ، فقدت المدينة مكانتها السياسية بانتقال الخلافة إلى العراق والشام إلا أنها بقيت مصادر الإشعاع العلمي فهي المقر الأصلي لأصحاب الرسول من الأنصار والمهاجرين، وكان بها حفاظ الحديث والعارفون بسنة الرسول أمثال السيدة عائشة، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر، وزيد بن ثابت، ثم كان بها سعيد بن المسيب، وربيعة الرأي وغيرهما ممن تخرج عليهم مالك بن أنس الذي نسب إليه المذهب المالكي.

وكان مصدر هذا المذهب، كتاب الله وسنة رسوله المتواترة والإجماع والقياس، لكنهم قدموا ما عليه عمل أهل المدينة على خير الأحاد والقياس إذ يرون أنه بمنزلة روايتهم عن الرسول جماعة عن جماعة، فإذا لم يكن في المسألة شيء من ذلك أو حكم مجمع عليه^(١) قدموا على القياس العمل بقول الصحابي الحجة الثقة فيما لا مجال للرأي^(٢) فيه.

وإن كان مالك قد توسع في الأخذ بالحديث وليس للقياس عنده المكانة التي له في المذهب الحنفي، إلا أنه كثيراً ما كان يبنى أحكامه على أساس ما سماه

= الحديث إلا أن كثيراً من المحدثين رفضوا روايته، كما أن الفقهاء لا يرفعون روايته للفقهاء الحنفي إلى درجة كتب ظاهر الرواية لمحمد بن الحسن، تولى قضاء الكوفة سنة ١٩٤ هـ وله من الكتب: كتاب أدب القاضي، وكتاب الخصال، وكتاب معاني الإيمان، وكتاب النفقات، وكتاب الخراج، وكتاب الفرائض، وكتاب الوصايا، ودرس عليه وأخذ عنه محمد بن سماعه الذي روى كتب النوادر عن أبي يوسف ومحمد.

(١) والإجماع عندهم يتحقق بالإجماع العام وإجماع أهل المدينة. أما الأخاف فلا يعتبرون إلا الإجماع العام من المجتهدين في سائر البلدان على ما سيأتي.

(٢) وقد كان هذا المصدر محل جدل ومناقشة، إذ الصحابي غير معصوم، واجتهاده ليس بحجة ما لم يكن محل إجماع وإلا لزم التناقض وسيأتي الكلام عنه.

المصالح المرسله، والاستصحاب وسد الدرائع وكثيرا ما عمل بالاستحسان، وبذا نجد أن مجال الرأي عنده غير منحصر في القياس كما انجبه إلى غيره من فقهاء مدرسة الحديث لكن بصورة أضيق مما عند الآخرين.

فلم يكن الخلاف بين مالك والأحناف في أصل الأخذ بالسنة أو الأخذ بالرأي، ولكن في التوسع في إحدى الناحيتين : ومع هذا فلم يكن مالك متساهلا في الأخذ بالحديث بل كان شديد التحري فيما يثبت عنده، لكن كما تبين لا يشترط في الأخذ بخبر الأحاد شهرته وإنما مطابقتها لعمل أهل المدينة. ولم تكن مدرسة الرأي تهمل الحديث، ولكن فقهاءها كانوا يشترطون التواتر أو الشهرة، وإلا قدموا القياس على خبر الواحد فيما عمت فيه البلوى لأنه رغم ذلك لم يشتهر العمل به، ولعل اختلاط تلاميذ أبي حنيفة بالإمام مالك وأخذهم عنه، وكذلك أخذ مالك عن ربيعة الرأي مما قرب بين المذهبين بعض الشيء.

الإمام مالك ، هو مالك بن أنس بن مالك بن أبي عامر، ولد بالمدينة سنة ٩٣ هـ من بيت علم، فجدّه أبو عامر صحابي وجدّه مالك من كبار التابعين، وتثقف بالمدينة ولم يخرج منها طول حياته إلا حاجا إلى مكة. تعلم ^(١) الحديث على كبار المحدثين من أهل المدينة، وأخذ الفقه عن كبار الفقهاء فيها وكان شيخه الأول ربيعة الرأي، غير أن مالكا قد تأثر في فقهه بالبيئة التي هو فيها، فطريقته في الاستنباط مشبعة بالرأي حتى يصح عنه من أهل الرأي بالمدينة ^(٢) مثل : ربيعة، لأن مالكا كان يشرح الحديث، وينزله على العمل المدني والمصالح المرسله. فهو

(١) في الأغاني لأبي الفرج الأصفهاني أنه أراد الاشتغال بالغناء وأن أمه نصحته بترك ذلك.

(٢) ولذا فإن ابن قتيبة في كتابه المعارف ص ٢١٨ ذكر مالكا ضمن أصحاب الرأي لا ضمن أصحاب الحديث. ويقول ابن معين : « إن مالكا لم يكن صاحب حديث وكان صاحب رأي » ونحن لو نظرنا إلى الموطأ لوجدنا مالكا استعمل الرأي كثيرا حتى قيل عنه أنه (تعرق) بل ويقول مالك نفسه عن الموطأ : « تكلمت فيه برأى » وقد مثل أحمد بن حنبل ما الذي تقدون على أبي حنيفة، قال : الرأي. فقل له : أليس مالك تكلم بالرأي؟ قال : بلى ولكن أبا حنيفة أكثر رأيا منه.

فى هذا يشبه أبا حنيفة حينما كان يشرح الحديث، وينزله على الحياة العملية فى بيئته ويلاحظ الاستحسان.

نصب للتدريس بمسجد الرسول عليه السلام. فرحل الناس إليه من كل مكان طلبا للعلم، وكان ورعا تقيا، وليس فى مجلسه شىء من المراء واللفظ، ومن أجل أعظم ما ترك كتابه «الموطأ» وقد جمع فيه الأحاديث الصحاح والفتاوى وبوبها ورتبها حسب الأبواب الفقهية، وهو كتاب فقه لأنه لم يقتصر فيه على جمع الأحاديث وإنما ضم إليها بعض الفتاوى وما يراه فى المسألة، وكان الغرض من وضعه هو أن يكون مرجعا وقانونا يسترشد الناس به، لذا رغب الحكام فى جعله مرجعا رسميا للناس فى موضوعه، وهو من أوائل الكتب التى وضعت فى الحديث والفقه، ونشره كثير من الفقهاء فى أقطارهم، فذكر منهم محمد بن الحسن من فقهاء مدرسة الرأى.

كان مالك قويا فى الحق، لا يتقل إلى رجال الجاه والسلطان ولا يحتك بهم^(١)، ويروى أنه ضرب بالسياط سنة ١٤٧هـ فى عهد جعفر بن سليمان وإلى المدينة فمريض منذ هذا حتى مات، وقيل إن ذلك بسبب أنه سئل عن رواج المتعة فأفتى بتحريمه على خلاف رأى جد العباسيين، وقيل كان هذا لأنه أفتى بعدم وقوع طلاق المكره وهذا يستتبع أن البيعة للحاكم لا تصح مع الإكراه، وإذا تحلل منها الشخص لا يعتبر ناقضا للعهد، وقيل لأنه لما سئل عن الخارجين عن طاعة الخلفاء أيجوز قتالهم؟ فقال : إن خرجوا على مثل عمر بن عبد العزيز فنعم. فقيل له : وإن لم يكن مثله؟ فقال : دعهم ينتقم الله من ظالم بظالم ثم ينتقم الله من كليهما، فكانت هذه الكلمات وتلك الفتاوى من أسباب محنته. درس عليه أبو يوسف ومحمد من أصحاب أبى حنيفة، وكذا الشافعى وغيره كثيرون، وهكذا بقى مالك فى خدمة العلم من صغره حتى مات بالمدينة سنة ١٧٩ هـ.

(١) حتى أن الخليفة هارون الرشيد طلب أن يتقل مالك إلى قصره ليقرأ «موطأ» على ولديه الأمين والمأمون فقال : «أعز الله أمير المؤمنين إن هذا العلم منكم خرج، فإن أعزركموه يعز، وإن أذللكموه ذل، والعلم يؤتى ولا يأتى» فقال : صدقت. وأمر ولديه بأن يخرجوا إلى المسجد ليسمعا علم مالك مع الناس. فقال مالك : على ألا يتخطيا رقاب الناس، ويجلسا حيث ينتهى بهما المجلس فعضرا بهذا الشرط. مفتاح السعادة ج ٢ ص ٨٧.

معاونوه على نشر مذهبهم ، ومن أشهر تلاميذه الذين عاونوه في نشر مذهبه عبد الله بن وهب المصري^(١) ، وقد كان ابن وهب أعلم أصحاب مالك بالسنة والأثر.

عبد الرحمن بن القاسم الفقيه المصري الذي لازم مالكا نحو العشرين سنة . وهو الذي روى عنه الفقيه سحنون المدونة التي جمعت آراء المذهب المالكي مات سنة ١٩١ هـ .

أشهب بن عبد العزيز القيسي فقيه مصري ولد سنة ١٤٥ هـ ومات سنة ٢٠٤ هـ انتهت إليه رئاسة المذهب بمصر بعد ابن القاسم .

عبد الله بن الحكم ولد بالإسكندرية سنة ١٥٥ هـ وتوفى سنة ٢١٤ هـ خلف أشهب في رئاسة المذهب .

ولعلك لاحظت أن جل تلاميذ مالك من الفقهاء المصريين ، وقد كانوا في الواقع عماد المدرسة الدينية بمصر في ذلك العهد ، وعملوا على نشر مذهب مالك في بلاد مصر والسودان . كما كان له تلاميذ وأتباع في جهات متعددة نذكر منهم أسد بن القرات^(٢) وسحنون^(٣) ، ويحيى بن يحيى الليثي^(٤) .

(١) ولد سنة ٢٢٥ هـ وتوفى في أواخر القرن الهجري الثاني بمصر - رحل إلى مالك سنة ١٤٨ وتلقى عنه الفقه حتى لقبه مالك بالفتى ، ثم عاد إلى مصر ، وكان يقوم بالفتوى ، عرض عليه القضاء فرفض واختفى بمنزله .

(٢) تونسي النشأة أخذ الفقه عن مالك ثم عن أصحاب أبي حنيفة بالعراق ثم جاء إلى مصر وعرض ما معه من فقه الأحناف على ابن القاسم فأثاء بحكمها على مذهب مالك فدون ذلك في المدونة الأسدية وكان قائدا عسكريا توفى سنة ٢١٣ هـ .

(٣) هو عبد السلام بن حبيب التنوخي من حمص لقب بسحنون ، انتقل إلى القيروان بشمال أفريقيا ، ورحل إلى مصر ، ثم عاد إلى القيروان حيث تولى القضاء ، مات سنة ٢٤٠ هـ .

(٤) من الأندلس رحل إلى المدينة وأخذ عن مالك الفقه والحديث ، كما رحل إلى مصر فسمع فقه الليث بن سعد والتقى بأصحاب مالك المتقدم ذكرهم وأخذ عنهم وقفل راجعا إلى الأندلس لينشر فيها فقه مالك ، وقد كان له نفوذ قوى لدى الحكام بالأندلس ، كابن يوسف الحنفي في بغداد .

وكثيرا ما خالف هؤلاء التلاميذ رأى إمامهم واجتهدوا لإظهار الحكم على قواعده^(١)، وكان يشترط فى البيئة شاهدين ولم ير القضاء بشاهد ويمين كما رأى مالك.

وبهذا نجد وجه شبه وتقارب بين تلاميذ المذهبين الحنفى والمالكى، وقد انتشر هذا المذهب فى مصر والسودان وشمال إفريقيا والأندلس.

المذهب الشافعي : كان المذهب الشافعى فى الواقع أول مذهب فقهى منظم يقوم على أصول منبسطة وطرق متميزة، فقد عمل الشافعى دون كلل أو تعب على تنظيم الفقه، وإيجاد تماسك بين الأحكام المنفردة وضبطها تحت قواعد عامة تحكمها، وهو فى الواقع كان وسطا بين اتجاهين : بين المنصرفين عن الرأى والمتغالين فيه، وإن كانت فكرته الأساسية فى الواقع أقرب إلى طريق المحدثين، لذا فإن الشافعى عرف بأنه ناصر الحديث. كما أن تعاليم هذا المذهب وجهت العلماء إلى الالتفات لجمع الحديث وتمحيصه والبحث عن رواته، كما أن تعاليم هذا المذهب وجدت رواجاً فى كثير من البقاع^(٢) كالاردن. كما أنه دخل سوريا ولبنان وباكستان والهند وإندونيسيا واليمن، وله أتباع كثيرون فى مصر، وقد كان أهل فلسطين يعتنقون هذا المذهب.

(١) من ذلك ما قال به يحيى بن يحيى الليثى سأل حاكم الأندلس عن الكفارة الواجبة عليه لوطنه جارية فى رمضان، فأفتى بأنه يجب عليه أن يصوم شهرين متتابعين، مع أن مذهب مالك التخير بين عتق رقبة أو إطعام ستين مسكينا أو صوم شهرين، وعلل فتواه بأنه لو خيره لسهل عليه الأمر، ولكنه ألزمه بأصعب الأمور عليه لئلا يعود.

وهذه الفتوى مردودة على أساس مذهب مالك الذى يرى التخير فى الكفارة، ومردودة أيضا عند الأحناف الذين يرون الترتيب فى الكفارة: العتق فالصيام فالإطعام. وقد راعى الفقيه يحيى فى حكمه مصلحة ملغاة.

(٢) وقد اعتنق هذا المذهب بعض أتباع المذاهب الأخرى مثل أبى ثور الكلبى البغدادى المتوفى سنة ٢٤٠ هـ فقد كان حنفيا ثم اعتنق المذهب الشافعى.

مصادر المذهب وأصوله : كانت أصول المذهب الشافعي أقرب إلى طريقة المحدثين، فهو كسائر المدارس يرجع أولا إلى القرآن لكنه يعمل بظاهره ما لم يقدّم الدليل على وجوب صرفه إلى ما يخالف الظاهر، ثم السنة، وألح في الاستدلال بالحديث ووجه الناس إليه حتى خبر الواحد الثقة ولو لم يكن مشهورا كما يشترط الأحناف، ولا موافقا لعمل أهل المدينة كما يقول مالك^(١)، ثم الإجماع، كما رسم طريقا لاستعمال القياس لأنه أصبح ضروريا بشرط أن يكون له أصل من الكتاب والسنة، فهو بهذا يوافق المذهب الحنفي في أن القياس مصدر تشريعي ما دام معتمدا على الكتاب والسنة. وهو لم يعمل بالقياس إلا إذا كانت علته منضبطة، وأنكر الاحتجاج بعمل أهل المدينة، ولم يأخذ بقول الصحابي، ورد المصالح المرسلة، ولم يأخذ بالحديث المرسل الذي يرويه تابعي^(٢)، مع أن مالكا والأحناف أنفسهم يأخذون به، وهاجم أبا حنيفة ومالكا في عدم أخذ الأول بخبر الواحد واشترط الثاني للأخذ به أن يكون موافقا لعمل أهل المدينة، وقد بين الشافعي أصول مذهبه في كتابه الأم^(٣).

الإمام الشافعي : هو محمد بن إدريس، ولد بغزة سنة ١٥٠ هـ ورحلت به أمه صغيرا يتيما فقيرا إلى مكة موطن آبائه، كان قوى الحافظة إلى حد بعيد، فحفظ القرآن والكثير من الحديث قبل التاسعة، ولما شب انتقل إلى البادية فتعلم فيها لغتها، كما تعلم الشعر والأدب وبرع في الرماية. ثم عاد إلى المسجد

(١) إلا إذا كان الحديث مرسلا أي سقط اسم أحد الرواة له ولم يكن المحدث به صحابيا.

(٢) إلا إذا كان لسعيد بن المسيب، وكان متفقا على صحته.

(٣) فيقول : «الأصل قرآن وسنة فإن لم يكن فقياس عليهما وإذا اتصل الحديث عن رسول الله وصح الإسناد فهو المستهى، والإجماع أكبر من الخبر المفرد، والحديث عن ظاهره وإذا احتمل المعاني فما أشبه منها ظاهره أولاها به، وإذا تكافأت الأحاديث فأصحها إسنادا أولاها، وليس المنقطع بشيء ما عدا منقطع ابن المسيب ولا يقاس أصل على أصل، وكثيرا ما نهى الناس عن تقييده أو تقليد غيره». والأم كتاب فيه جمع الربيع بعض كتب الشافعي وسماه بهذا الاسم بعدما سمع منه هذه الكتب وما فاته سماعه بين ذلك، وما وجدته بخط الشافعي ولم يسمعه منه أيضا. ١، هـ الرسالة للشافعي ص ٢٠.

الحرام بمكة وفيه اخذ علوم الفقه والحديث على مسلم الزنجي، وسفيان بن عيينة. وحفظ موطأ مالك، ثم رحل إلى المدينة فلقى مالكا وأخذ منه فقهه حتى توفي مالك، فانتقل إلى اليمن واشتغل على ولاية لجران، وفي سنة ١٨٤هـ وشى به إلى الخليفة الرشيد فجاء به إلى الرقة متهما بتشييعه للعلويين ومناصرتهم. لكنه قد خرج من هذه التهمة بقوة حجته وشهادة محمد بن الحسن تلميذ أبي حنيفة الذي كان في حضرة الخليفة. بقي الشافعي بعد ذلك ببغداد، ودرس تعاليم مدرسة أهل الرأي على محمد بن الحسن ونقل كتبه وناظره، وكثيرا ما كان يتنصر لمدرسة الحديث، ويلزم أهل الرأي اتباع السنة ويثبت لهم حجة خبر الواحد حتى سمي ناصر الحديث، وقد رحل إلى مصر في شوال سنة ١٩٨هـ، ثم رحل إلى مكة فترة وعاد إلى مصر حيث بقي بها وأحدث مذهبه الجديد، متأثرا ببيتها، كما أن نضجه الفقهى وكثرة اطلاعه له دخل أيضا في هذا التغيير.

وله من الكتب : الأم، وكتاب اختلاف الحديث^(١)، وكتاب الرسالة الذي ألفه مرتين : الأولى بمكة وقيل ببغداد، والآخرى بمصر، وهو أول كتاب ألف في علم أصول الفقه^(٢). توفي ودفن بمصر سنة ٢٠٤هـ، وانتشر مذهبه في اليمن وفي مصر وسورية وبين مسلمي فلسطين والحجاز.

تلاميذ الشافعي ومخالفاتهم له :

ومن أشهر تلاميذه في مصر : يوسف بن يحيى البويطي الذي خلف إمامه في رئاسة دروسه وهو من بويط من قرى بني سويف، قال عنه الشافعي : «ليس أحد أحق بمجلسي من أبي يعقوب» توفي ببغداد سنة ٢٣١هـ.

وإسماعيل بن يحيى المزني، وقد كان أكثر من دؤن في المذاهب وقيل عنه إنه مجتهد مطلق، وهو صاحب تأليف كثيرة في المذهب توفي سنة ٢٦٤هـ.

(١) مطبوع بحاشية جـ ٧ من كتاب الأم مطبعة بولاق.

(٢) يقول الرازي : «كان الفقهاء قبل الشافعي يتكلمون في مسائل أصول الفقه دون قانون كلي يجمعون إليه، فاستنبط الشافعي علم أصول الفقه» مناقب الشافعي للفخر الرازي ص ٥٧.

والربيع المرادى قام بخدمة الشافعى بمصر، وروى كتاب الام عن الشافعى
توفى سنة ٢٧٠ هـ.

ومن أهم أتباع الشافعى العاملين على نشر مذهبه أيضا أبو حامد الغزالى
المتوفى سنة ٥٠٥ هـ صاحب المستصفى فى الأصول والوجيز فى الفقه وإحياء
العلوم فى الفلسفة.

وكذلك الرافعى المتوفى سنة ٦٢٣ صاحب فتح العزيز شرح الوجيز.

والنوى المتوفى سنة ٦٧٩ صاحب المجموع شرح المذهب ومنهاج الطالبين.

ومن الملاحظ أن تلاميذ الشافعى كانوا يتبعون إمامهم فلا يخالفونه فى آرائه
اللهم إلا المزنى، وفى حالات نادرة بخلاف ما لاحظناه من قبل بالنسبة لتلاميذ
المذهبيين السابقين، وخصوصا تلاميذ أبى حنيفة الذين كان من طبيعة مذهبهم
الاتساع فى الأخذ بالرأى.

المذهب الحنبلى ، من أرخ لهذا الفقه^(١) من لم يعتبره مذهباً فقهياً
وعدوا الإمام أحمد بن حنبل من رجال الحديث «ولكن من أجوبته على المسائل
العديدة المتنوعة التى وجهت إليه ودونت فى كتاب «المسائل» يبين لنا أنه مذهب
فقهى فوق أن له أسلوبه المستقل ومبادئه الخاصة فى علمى الأصول والفروع،
وواضح أنه فقيه أثري كثيراً ما يعتمد على قول الصحابى.

على أن هذا المذهب فيه تيسير ورحمة بالناس فى المعاملات، لأنه يرى أن
المسألة إذا لم يكن فيها نص ولا أثر ولا مقايضة لواحدة منها، ترك الأمر على أصل
الإباحة، ويقابل هذا نوع من الشدة فى أحكام العبادات.

ولعل هذا المذهب أقل مذاهب أهل السنة الثلاثة السابقة انتشاراً، لأن ما
سبقه من المذاهب كان قد استقر فى البلاد وعمل بها الناس، كما أن رجاله بعيدون
عن السلطان ووظائف القضاء أو غيرها، وكذا بعدهم عن الاجتهاد والرأى
بالإضافة إلى تعصبهم الشديد ومهاجمتهم للمذاهب الأخرى.

(١) مثل الطبرى والمقدسى وابن عبد البر.

والحقيقة أنه لولا عناية أتباع ابن حنبل ومجبيه بتدوين آرائه وفتياه وجمعهم لها وجعلها نواة لتكوين مجموعة فقهية لا بأس بها لما كان لهذا المذهب وجود^(١)، ومع هذا فإن نسبة المذهب إليه تحتاج إلى شيء من النظر^(٢).

وظهر في هذه المدرسة من الفقهاء من عرفوا بسعة الافق واتباع الراى كابن تيمية وابن القيم، وابن قدامة، وغيرهم، كما أنه في القرن الثاني عشر للهجرة قام الإمام محمد بن عبد الوهاب في نجد، وعمل على نشر مبادئ هذا المذهب بالحجاز حتى أصبحت تعاليم هذه المدرسة هي التعاليم الرسمية للدولة.

مصادر المذهب وأصوله : استمد هذا المذهب أحكامه من القرآن والسنة المرفوعة التي يعمل بها. ويضرب بما يعارضها عرض الحائط حتى لو كان إجماعاً فلا يقدم على السنة قولاً أو رأياً إجماعاً أو قياساً. ويأخذ من فتوى الصحابي إذا لم يعرف لها مخالف. أما إذا كانت مخالفة لفتوى صحابي آخر. اعتبر أقربهما إلى الكتاب أو السنة، مصدراً للمذهب. ولم يخرج عن أقوال لصحابة إذا تعددت وتباينت. بل كثيراً ما كان يقف عن الاختيار ويأخذ بالرأين معاً إذ الترجيح يقتضى بيان أوجه النقص في المرجوح - وما كان يعتمد على القياس ولا يستمد منه أحكامه طالما توجد في المسألة سنة حتى (المرسل) منها والضعيف، وليس المراد بالضعيف الباطل ولا المنكر، ولا ما في روايته متهم، بل هو عنده قسيم الصحيح، لأن الحديث عنده صحيح وضعيف، والضعيف عنده مراتب، وأخيراً فإن القياس مصدر يلجأ إليه وتستمد منه الأحكام عند الضرورة القصوى.

أحمد بن حنبل : الإمام أحمد بن محمد بن حنبل ولد ببغداد سنة ١٦٤هـ، مات والده وهو طفل، فتعهدته أمه فحفظ القرآن وتعلم اللغة. اختار لنفسه أن يدرس الحديث وروايته، فتلقيه أولاً على أبي يوسف ثم انتقل إلى علماء

(١) راجع ابن خلدون ص ٣٧٦، وتاريخ الإمام ابن حنبل للأستاذ الشيخ أبي زهرة ص ٣٩٣.

(٢) راجع ابن حنبل للشيخ أبي زهرة من ص ٦ إلى ١١.

الحديث ورواته، ثم رحل إلى الكوفة والبصرة ومكة والمدينة والشام واليمن، وهكذا طاف بكثير من الأقطار الإسلامية طلباً للحديث فاستكثر منه وحفظه حتى صار إمام أهل عصره.

التقى بالشافعي في بلاد الحجاز فدرس عليه الفقه وأصوله وطرق استنباطه، وصحبه ولازمه حين قدم بغداد فترة أخذ فيها فقهه حتى عدّه الشافعية أنه شافعي، أوذى وضرب بالسياط وحبس^(١) لما وقف عند رأيه من أن القرآن غير مخلوق مخالفاً رأى الخليفة المأمون. ولما جاء المتوكل أبطل تلك الدعوى سنة ٢٢٣هـ، وترك للناس الحرية فيما يعتقدون، مات ابن حنبل ببغداد ودفن بها سنة ٢٤١هـ.

ولم يشتهر الإمام ابن حنبل بالفتيا ولم يكتب في الفقه اللهم إلا ما أجاب به على المسائل التي وجهت إليه. ومع هذا فإنه كان يكره الفتوى في مسألة لم يرد فيها أثر، وترك مسنده الذي يحتوي على نيف وأربعين ألف حديث وهو أصل يعول عليه. وله في الأصول كتاب طاعة الرسول وكتاب الناسخ والمنسوخ وكتاب العلل.

أصحاب أحمد والمجسطون لمذهبه : كان لابن حنبل كفيره من الفقهاء أتباع ومحبون التفوا حوله وتشبعوا بأرائه ونشروا مذهبه، نذكر منهم ولديه صالحا أكبر أولاده، وقد اضطر أن يتولى القضاء مخالفاً بذلك أباه فيقول : «الله يعلم أني ما دخلت في هذا الأمر إلا لدين قد غلبني وكثرة عيال وأحمد الله تعالى».

وأما ولده الآخر عبد الله فكانت عنايته بالحديث ظاهرة، وإن كان الأول قد عمل على نشر فقه أبيه، فإن عبد الله هذا عنى بمسند أبيه الذي جمع فيه الأحاديث الصحاح وبوبها، فأتمه ونشره.

(١) وقد حبس من قبله أبو حنيفة وضرب مالك، وحبس السرخسي الحنفي صاحب كتاب المبسوط وحبس غيرهم من الفقهاء كما حبس ابن قيم الجوزية في العصر الثاني وشيخه ابن تيمية، ولكن الملاحظ أن الإيمان الصحيح لا يلين للظفانيان.

المذهب الظاهري: هذا المذهب أبعد المذاهب عن الأخذ بالقياس

(١) ابن تيمية: هو أحمد تقي الدين أبو العباس بن شهاب الدين أبي المحاسن عبد الحلیم بن مجد الدين أبي البركات عبد السلام، وعرفت أسرتهم بأبن تيمية. ولد سنة ٦٦١هـ بمدينة حران مهد الفلاسفة ثم هاجرت أسرته إلى دمشق وهو طفل وعقد لوالده مشيخة الحديث. حفظ القرآن والحديث ودرس فقه ابن حنبل، تنقل بين دمشق ومصر، يفيد الناس بعلمه وفقهه حتى حقد عليه العلماء ورج به في السجن بالقاهرة عدة مرات ومات في السجن بالقلمة إثر مرض استمر عشرين يوماً سنة ٧٢٨هـ.

(٢) ابن القيم: هو شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيم الجوزية وأصل التسمية أن والده كان قيما على إقليم الجوزية ولد سنة ٦٩١ وتوفي سنة ٧٥١ تلمذ على ابن تيمية وكان فيلسوفاً جليلاً لحقه ما لحق شيخه من الأذى من تألب الخصوم عليه وشايتهم به فسجن غير مرة.

أوضح مذهب يعد في مقابلة مدرسة الرأي، فهو يقف عند النص والاثربل لا يبحث عن علل الأحكام وإنما يقف عند ظاهر النص، فمثلا روى عن حذيفة عن الرسول عليه السلام أنه قال: لا تشربوا في آنية الذهب والفضة^(١). فالظاهرية لا يبحثون عن علة هذا النهي وإنما يحرمون استعمالها للشرب فقط دون أى شيء آخر.

كما روى عن عبادة بن الصامت أن الرسول عليه السلام قال: «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثل بمثل سواء بسواء يدا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد»^(٢) فإنه وإن كان جمهور الفقهاء لا يقصرون تحريم التفاضل على هذه الأصناف الستة بل يحرمون التفاضل في غيرها مما اتحد صفة لا شراك العلة، إلا أن الظاهرية يقصرونه على ما نص عليه الحديث وقالوا لو أن التعاقد على غيرها مع الفضل ريبا لما كان هناك داع لذكر هذه الأنواع، ولذكر الرسول التحريم بجملة عامة موجزة.

وروى عن عائشة أن الرسول قال «أما بعد فما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل، وإن كان مائة شرط كتاب الله أوثق»^(٣) فأخذ الظاهرية بظاهر النص، وأبطلوا كل شرط اقترن بالعقد إلا شروطا سبعة^(٤) ورد بها النص فهي فقط التي يجيزونها بنفسها، ولا يقيسون عليها. وكذلك فإنهم يفرضون على كل متبايعين لما قل أو كثر أن يشهدا على تبايعهما رجلين أو رجلا وامرأتين، كما يفرضون الكتابة إن كان

(١) سبل السلام ج ٢ ، ص ١١٢ .

(٢) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٤١٢ مسألة ١٤٤٥ .

(٣) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٣٤٤ المسألة ١٤١٥ .

(٤) اشتراط الراهن فيما تبايعاه إلى أجل مسمى، واشتراط تأخير الثمن إذا كان نقداً إلى أجل غير مسمى واشتراط أداء الثمن إلى الميسرة وإن لم يذكر أجلا، واشتراط صفات المبيع التي يترضاها معاً ويتبايعان الشيء على تلك الصفة، واشتراط أن لا خلاية، وبيع العبد أو الأمة واشتراط مالهما أو قدر معين منه لنفسه، وبيع أصول نخل فيها ثمرة قد أبرته فيشتري الثمر. لنفسه أو جزءاً منه. المرجع السابق.

البيع بضمن مؤجل إلى أجل مسمى ومع هذا فإن المقعد صحيح إذا لم يشهد أو يكتب^(١)

ومع هذا فإن مبادئ هذا المذهب منع التقليد الصرف دون تدبر وفهم، وأجازوا لكل من يفهم اللغة العربية أن يتكلم في الدين بظاهر القرآن والسنة، حتى جرموا العامة على أخذ الأحكام من ظاهر النصوص دون أن يكون الواحد منهم أهلا لذلك^(٢)، «كما يرون أن نفقة الزوج المصّر واجبة على زوجته الموصرة»^(٣) وهذا المبدأ يتمشى مع القوانين الغربية الحديثة.

لهذا ولإعلاتهم لمقام السنة في وقت كثرت فيه الآراء الفقهية، كان مذهبهم في القرنين الثالث والرابع الهجري أكثر انتشارا من مذهب أحمد بن حنبل في ذلك الحين، ولذا قيل بأنه رابع مذهب في القرن الرابع الهجري في الشرق بعد المذهب الشافعي والمالكي والحنفي، أما في الغرب فإن الفقيه ابن حزم الأندلسي^(٤) كان قد اعتنق مبادئ هذا المذهب، ولمح في نشره والدود عنه حتى اعتبر الإمام الثاني للمذهب.

مصادر المذهب الظاهري : تنحصر المصادر الشرعية لهذا المذهب في ظاهر الكتاب والسنة، وما أجمع عليه الصحابة من نص فلا يبحث فقهاؤه عن علل الأحكام ولا يعترفون بالقياس كمصدر تشريعي، ولا يرون إجماعا ملزما إلا إجماع الصحابة في مورد النص لأنه هو الذي يمكن تحقيقه نظرا لقلة عددهم وإمكان معرفة رأيهم، أما إجماعهم على حكم لا نص فيه ولكن برأى منهم أو قياس على منصوص، فهو باطل لا يعتبر حجة^(٥)، أما من بعدهم من التابعين ومن

(١) المصدر السابق.

(٢) مقدمة للكوثري ص ٤ راجع أبو ذهرة في كتاب ابن حزم ص ٣٦٦.

(٣) المحلى لابن حزم، ١ المسألة ١٩٣٠.

(٤) هو علي بن أحمد بن غالب ولد آخر رمضان سنة ٣٨٤ وتوفي آخر شعبان ٤٥٦.

(٥) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ج ٤ ص ١٢٨.

دونهم فإنهم تفرقوا في الأمصار ولا يمكن حصرهم أو الوقوف على آرائهم^(١).

وفي الحق أن الحياة العملية لا يمكن مسايرة الأحكام لها اكتفاء بظاهر النص ولا بد من اللجوء إلى القياس، ولعل الظاهرية أحسوا بهذا ولجئوا إلى القياس تحت ستار ما يسمونه بالدليل، على أنهم إذا تعارضت نصوص أخرى مع آرائهم صرفوها إلى معان أخرى أو قيدوها حتى لا تصطدم بعض النصوص ببعض.

طاووس الظاهري : هو داود بن علي المشهور بـداود الظاهري، ولد بالكوفة حوالي سنة ٢٠٢ هـ وتوفي سنة ٢٧٠ هـ عاش في بغداد ودرس المذهب الشافعي حتى كان أشد الشافعية تمسكا بالحديث، وقرأ كتب الشافعي، وتشبع بمذهبه، وسمع الحديث عن كثير من المحدثين، وانتقل إلى «نيسابور» ليسمع الحديث من إسحق بن راهويه أحد فقهاء مدرسة الحديث سنة ٢٣٣ هـ.

وهو وإن كان قد نشأ شافعيًا وتعمق في دراسة هذا المذهب رغم أن والده كان حنفيًا، إلا أنه خرج على مذهب الشافعي وخالفه لأخذه بالقياس واعتبار القياس مصدرا تشريعيًا، ولما أنكر عليه الفقهاء الشافعية خروجه هذا، قال : لقد أخذت أدلة الشافعي في إبطال الاستحسان فوجدتها تبطل القياس.

ورأى أن النصوص التي استدل بها فقهاء مدرسة الرأي في تأييد مسلكهم تفيد أنه عند عدم تبين نص في مسألة من الكتاب أو السنة وعدم معرفة شيء من ذلك فإنه يرجع إلى مشورة العلماء لا إلى الرأي، وقد أخرج كتبًا في إبطال القياس والرد على القائلين به.

(١) والواقع أنه لم يذكر لنا أحد من القائلين بحجية إجماع التابعين ومن بعدهم وجوار وقوعه مسألة واحدة أجمع عليها فقهاء التابعين. راجع الدكتور علي حسن عبد القادر في كتابه نظرة عامة في تاريخ الفقه الإسلامي.

وداود الظاهري في الواقع مذهبه ملء بالسنة لأن فقهه فقه نصوص بشكل عام وفقه الحديث بشكل خاص ، وهو وإن كان جمع الكثير من سنة الرسول وتبعها، إلا إنه لم يعرف بين المحدثين، ولم يرو عنه الحديث^(١).

والحق أن المذهب الظاهري يرجع الفضل في معرفتنا له إلى ما دون فيه من كتب، وكذا ما قام به أبو محمد بن علي بن حزم الأندلسي المتوفى سنة ٤٥٦ هـ من مجهود علمي، فقد كتب في علم الأصول «أصول الإحكام لأصول الأحكام» كما كتب في علم الفقه «المحلى» وكلاهما قيم، ولولا ذلك لما عرف شيء عن هذا المذهب، لذا فهو أحد المذاهب التي انقرضت لعدم وجود أتباع لها، والتي طريقها إلينا هو الكتب.

هذا وهناك فقهاء مجتهدون لهم آراء فقهية لها قيمتها غير أن مذاهبهم انقرضت، أو كانت آراؤهم فردية ليس لهم أتباع يتعصبون لها، ويبدو أن ظهور المذاهب السابق ذكرها بعد ذلك طغت عليها وجعلتها آثارا تروى وسنعرض هنا مجرد تعريف بها.

الحسن البصري : هو الحسن بن ياسر ولد سنة ٢١ هـ ومات سنة ١١٠ هـ، كان فقيها ثقة يميل إلى الرأي، وكان يجتمع الناس حوله بالبصرة يسألونه في الفقه، وفي حوادث الفتنة التي كانت في عهدهم فيفتيهم ويحدثهم متحاشيا الكلام عن الحوادث السياسية التي تسبب عنها انقسام المسلمين ويقول : «تلك دماء طهر الله منها أسيافتنا فلا نلغظ بها ألسنتنا» وقد كان يميل إلى التصوف^(٢). تولى قضاء البصرة أيام عمر بن عبد العزيز لكنه سرعان ما استعفى منه، نصب نفسه

(١) ولعل ما أشيع عنه من القول بخلق القرآن وإباحة لسه وتلاوته للجنب والحائض جعل الناس يتشككون في عقيدته، ولذا فإن حملة الفقهاء اشتدت عليه في حياته وبعد مماته ولم يقيموا رأيه وزنا أو اعتبارا لدرجة قولهم إن رأيه المخالف لا يؤثر على حصول الإجماع. راجع ابن السبكي ج ٢ ص ١٥

(٢) ومن عظامته - «بابن آدم لم تكن فكوئت، وسالت فاعطيت، وسئلت فمئنت، فبئس ما صنعت».

للإفتاء، هذا وقد انقرض مذهبه بانتشار المذهب الحنفي شأنه في ذلك شأن غيره^(١).

عماد الدين : هو عامر بن شرحبيل ولد بالكوفة سنة ١٧ هـ. تعلم الحديث وحفظ منه الكثير، كان يكره إعمال الرأي بل يقف عند الآثار شديد التمسك بها، إذا سئل عن رأي لم يعلم فيه نصا قال لا أدري، ولا يقول فيه برأيه. سمع عليه أبو حنيفة الحديث، ولى قضاء الكوفة، كان عادلا في قضائه قويا فيه، ومع هذا فقد كان في غير القضاء يتحرج أن يقول ما يؤخذ عليه، وها هو ذا يلزم مع غيره الصمت حين السؤال عن ولاية يزيد بن معاوية، توفي سنة ١٠٤، وقيل سنة ١٠٥، وقيل غير ذلك^(٢).

الإمام الأوزاعي : هو عبد الرحمن بن عمرو من الأوزاع^(٣) ولد بدمشق سنة ٨٨ هـ ونشأ بها ثم تحول إلى بيروت وبقي بها حتى آخر حياته. كان من مدرسة الحديث لا يفضل عليه شيئا سوى القرآن، يبغض الأخذ بالرأي^(٤). وقال: «إذا بلغك عن رسول الله ﷺ حديث فإياك أن تقول بغيره». عاصر الإمام مالكا وأخذ كل منهما عن الآخر، عقدت له إمامة الفقه في الشام وقيل عنه أنه أفتى في سبعين ألف مسألة.

ولما ضعفت شوكة الأمويين بالشام رحل كثير من أتباعه إلى الأندلس وحملوا معهم إليها مذهب إمامهم الأوزاعي الذي انتشر بها واعتنقه الناس. وهكذا كتب لمذهب البقاء في الشام والأندلس من أوائل القرن الثاني حتى منتصف القرن الثالث، إذ طغى عليه مذهب مالك في الأندلس ومذهب الشافعي في

(١) كـمـذهـب ابن أبي ليلى : محمد بن عبد الرحمن، ولى القضاء بالكوفة لبني أمية ثم لبني العباس، وكان فيها مفتيا بالرأي مات سنة ١٤٨ هـ وهو في القضاء، ومثل ربيعة الرأي وهو ربيعة بن عبد الرحمن فروخ.

(٢) المعارف لابن قتيبة ص ١٩٩.

(٣) الأوزاع قرية بدمشق، وقيل بطن من اليمن نزل فيهم فنسب إليهم.

(٤) ولكن ابن قتيبة في كتابه المعارف ص ١٣٧ ذكره ضمن أصحاب الرأي.

الشام، وهكذا أصبح مذهب الأوزاعي قاصرا على ما هو مدون في بطون كتب الخلاف بعد أن كان له أتباع يسرون على ضوء مذهبه، ومات الأوزاعي ببغروت سنة ١٥٧هـ.

الإمام الليث : هو فقيه مصر أبو الحارث الليث بن سعد، ولد بمصر بناحية قلقشندة سنة ٩٤ هـ وتوفي سنة ١٧٥، وقد تفقه الليث على يد زيا ابن حبيب^(١). تنقل بين كثير من البلدان في طلب العلم، فرحل إلى مكة وبيت المقدس وبغداد وكان قضاة مصر يرجعون إليه في كل شيء، عرض عليه المنصور أن يكون واليا على مصر فأبى.

ولقد كان للإمام الليث مجادلات ومراسلات علمية مع الإمام مالك، وكاد الليث يأخذ على مالك بن أنس أنه بلغ به في الأخذ بعمل أهل المدينة أن يترك خبر الأحاد إذا خالف ما هم عليه، كما عاب عليه قضاءه بشهادة واحد ويمين من صاحب الحق إلى غير ذلك من المسائل العلمية^(٢). هذا ولعلك تتعرف قدر هذا الفقيه المصري مما قاله الشافعي عنه : «والليث بن سعد أفقه من مالك إلا أن أصحابه لم يقرموا به».

سفيان الثوري : هو سفيان بن سعد، ولد في الكوفة سنة ٩٧هـ، وكان من مدرسة الحديث الذين يتخرجون من الأخذ بالرأى، عاصر أبا حنيفة النعمان بالكوفة، كان شجاعا في الحق.

كان لسفيان مذهب فقهى يتبعه الناس فيه، أمر الخليفة المهدي أن يسند إليه قضاء الكوفة على ألا يعترض عليه أحد في أحكامه، فكتب ودفع إليه، فما كان

(١) وهو أول من نشر العلم بالحلل والحرام ومسائل الفقه بمصر، وكان ثالث ثلاثة جعل عمر بن عبد العزيز الفتيا إليهم: جعفر بن ربيعة وهو عربي، ويزيد بن حبيب، وعبد الله بن أبي جعفر مولى ابن. فانكر العرب ذلك. فقال الخليفة : «ما ذنبى إن كان الموالى تسمو بأنفسها صعبا وأنتم لا تسمون». فجر الإسلام ص ٢٣٥ نقلا عن خطط المقرئ.

(٢) راجع رسالة الليث ورسالة مالك في إعلام الموقعين ج ٣ ص ٧٢، وراجع عرض الرسائل وتحليلهما بمحاضرات الفقه الإسلامي للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى.



من سفیان إلا أن ألقى بالكتاب فی نهر دجلة وخرج من الكوفة متخفياً سنة ١٥٠هـ، وبقي متوارياً من السلطان متهرباً من وظيفة القضاء حتى مات بالبصرة سنة ١٦١هـ.

ومن أهل السنة أصحاب المذاهب المنتثرة أيضاً غير هؤلاء، عبد الله بن شبرمة، ولد سنة ٧٢هـ وتوفي سنة ١٤٤هـ، ومحمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى قاضى الكوفة توفي سنة ١٤٨هـ، وشريح النخعى المتوفى سنة ١٧٧هـ، وسفیان بن عيينة المتوفى سنة ١٩٨هـ، وإسحق بن راهويه المتوفى سنة ٢٣٨هـ، وإبراهيم بن خالد البنداري المعروف بأبي ثور المتوفى سنة ٢٤٦هـ، وأبو جعفر محمد بن جرير الطبري المؤرخ المشهور صاحب التفسير الكبير ولد فی طبرستان سنة ٢٢٤هـ ومات ببغداد سنة ٣١٠هـ، ودرس فقه مالك وفقه الشافعى وفقه أهل الرأي، واندثر مذهبه فی منتصف القرن الخامس الهجرى.

الفصل الرابع

مراحل تدوين الفقه ومصادره الأولد

المبحث الأول

تدوين الكتاب والسنة

فكرة التدوين ونشأتها في الأمة الإسلامية ،

كان عرب الحجاز أميين يندر فيهم من يعرف الكتابة، ومن يعرفها منهم فإنه لا يتقنها، وإن أتقنها فإن القارئ لا يأمن الوقوع في الخطأ، وخاصة أن قواعد الترتيم : النقط والشكل والتمييز بين الحروف المعجمة والمهملة لم يكن معروفا إلا من أيام عبد الملك بن مروان^(١). لذا كان جل اعتمادهم على الحفظ وقوة الذاكرة في جميع أمورهم، فهم في غير حاجة إلى الكتابة.

ولقد بعث الله فيهم رسولا منهم أميا^(٢) مثلهم، يقول الله^(٣) : ﴿هو الذي بعث في الأميين رسولا منهم يتلوا عليهم آياته ويزكيهم ويعلمهم الكتاب والحكمة﴾ رسولا نشأ فقيرا فلم تنهيا له السبل ليتعلم الكتابة. وما دفع

(١) الوسيط للسكندري ص ١٢٣.

(٢) لكن الشيعة يرون أنه كان يقرأ ويكتب وأولوا ما جاء في النصوص، كما زعم بعض المستشرقين ذلك للجهل بقواعد ومعاني الالفاظ أو لغرض في نفوسهم، وعلى كل فهي دعوى يتقصها الدليل، بل قام الدليل على نقضها، راجع تفسير ذلك في كتب التفسير، وفي كتاب الإسلام للأستاذ حامد عبد القادر، والتعريف بالقرآن والحديث للأستاذ محمد الزفزاف، هذا وقد وصفه الله بالامية وعدم القراءة والكتابة، فقال جل شأنه : ﴿الذين يتبعون الرسول النبي الأمي﴾، ويقول أيضا : ﴿فآمنوا بالله ورسوله النبي الأمي﴾، ويقول في سورة العنكبوت : ﴿ما كنت تتلو قبلة من كتاب ولا تحطه يمينك﴾ كما روى البخاري في صحيحه أن النبي ﷺ قال : «إنا أمة لا نكتب ولا نحسب الشهر هكذا وهكذا».

(٣) سورة الجمعة ج ٢٨ / ٢.

إلى ذلك أو دفعته إليه حاجة، يجيب الوحي في أول لقاء بقوله «ما أنا بقارئ» حينما قال له اقرأ.

ومع هذا فقد حرص على نشر التعليم بين أبناء أمته ودعا إلى ذلك فقال :
«طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة» بل فرض على كل أسير من أسرى بدر يجيد القراءة والكتابة أن يعلم عشرة من أبناء المسلمين، بل نصح زيد بن ثابت أن يتعلم كتابة اليهود لأنه لا يأمن جانبهم، لكن هذا التوجيه لا ينقل هذه الامة الناشئة الامة إلى امة قارئة أو كاتبة في زمن يسير.

فلما نزل عليه الوحي بالآيات اتخذ له كتابا من أصحابه يكلفهم كتابة ما ينزل من القرآن أولا بأول، ومن هؤلاء زيد بن ثابت، والإمام على بن أبى طالب، وعثمان بن عفان، وعبد الله بن مسعود، وأنس بن مالك، وأبى بن كعب، ومعاوية بن أبى سفيان، والزبير بن العوام، وعبد الله بن الارقم، وعبد الله بن رواحة. وغيرهم. وكان أكثرهم كتابة للوحي زيد بن ثابت حتى أسماه البخارى كاتب النبى.

فكان الرسول إذا نزلت آية دعا بعض كتابه فأمرهم بكتابتها، وكانوا يكتبون على العسف والرقاع واللخاف^(١)، وكان عليه السلام يدلهم على أماكن الآيات من السور.

غير أن هؤلاء الكتاب لم يكونوا جميعا ملازمين للرسول فيكتبوا عنه ما يوحى إليه، بل كان منهم من يخرج فى السرايا التى يبعث بها الرسول لدفع أذى أو إخضاع جماعة. لهذا لم يكن القرآن مجموعا كله كتابة عند كل واحد منهم، وإن كانت هذه المجموعات تكمل بعضها بعضا^(٢)، وكانت هذه المجموعات غير

(١) العسف : الجريد العريض، الرقاع : الصحيفة من الجلد والورق. واللخاف : صحائف من الحجارة الرقيقة. راجع البخارى بشرح الكرماني ج ١٩ (كتاب فضائل القرآن).

(٢) وروى البخارى فى صحيحه عن قتادة أنه سأل أنس بن مالك: من جمع القرآن على عهد الرسول؟ فقال: أربعة من الأنصار، أبى بن كعب، ومعاذ بن جبل، وزيد بن ثابت، وأبو زيد أحد عمومتى. ولعله يقصد من حفظه جميعا من الأنصار. راجع الإتيان فى علوم القرآن للسيوطى ج ١ ص ٩٠ والبخارى بشرح الكرماني (كتاب فضائل القرآن) ج ١٩ وفضائل القرآن لابن كثير من ص ٩٧.

متداولة إذ كانت بمثابة نسخ خاصة لأصحابها، والنسخة التي كانت في بيت الرسول أيضا كانت غير متداولة. فالثابت أنه قد كان محفوظا جميعه لكثير من الصحابة^(١)، على أن بعض كتاب الرحي أنبتوا في النسخ الخاصة بهم تأويلات لهم مع بعض الآيات مثل أبي بن كعب، وعبد الله بن مسعود، وقد كان جبريل يعارض الرسول بالقرآن في كل سنة في كل شهر رمضان حتى السنة التي توفي فيها فعارضه مرتين^(٢).

والحكمة في عدم أمر الرسول بجمع المکتوب وترتيبه أنه كان ينتظر الرحي حتى آخر لحظة فربما نزل شيء أو نسخ منه شيء، وهو مطمئن لحفظ الصحابة له مرتبا، لأن الله سبحانه وتعالى يقول^(٣) : ﴿إنا علينا جمعه وقرآنه﴾، ويقول: ﴿إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون﴾، ولكي لا يعتمد أصحابه على المجموع المکتوب وينصرفوا عن الحفظ الذي هو أضبط من الكتابة في عهدهم واحفظ له من التحريف والتبديل.

وكان الرسول في بادئ الأمر يقول لأصحابه : لا تكتبوا عني غير القرآن. فقد روى مسلم عن أبي سعيد الخدري أن الرسول ﷺ قال : «لا تكتبوا عني ومن كتب عني غير القرآن فليمحاه، وحدثوا عني ولا حرج، ومن كذب على فليتبوا مقعده من النار». وكان ذلك لشدة حرصه على القرآن مخافة أن يختلط به غيره^(٤)، لكنه أباح الكتابة بعد ذلك عند أمن الاختلاط، فقد روى أحمد أن عبد الله بن عمرو قال : «كنت أكتب كل شيء أسمعه من رسول الله أريد حفظه.

(١) ومن حفظه من المهاجرين : أبو بكر وعمر وعثمان وعلي وطلحة وسعد بن أبي وقاص وعبد الله بن مسعود وأبو هريرة وعمرو بن العاص وابن عباس وابن عمر ومعاوية وعائشة وحفصة وأم سلمة، وحفظه من الأنصار: أبي بن كعب، وزيد بن ثابت ومعاذ بن جبل، وأبو الدرداء وأنس بن مالك، وأبو زيد.

(٢) المرجع السابق.

(٣) سورة القيامة ج ٢٩ / ١٧.

(٤) قيل النهي خاص بكتابة الحديث مع القرآن في صحيفة واحدة، أو كان خاصا بكتاب الرحي دون غيرهم. انظر البخاري (المقدمة) مطبعة الفجالة الجديدة ١٣٧٦ هـ. ص ٣٧.

فنهتنى قريش فقالوا إنك نكتب كل شيء تسمعه عن رسول الله وهو بشر يتكلم فى الغضب والرضا. فأمسكت عن الكتابة. فذكرت ذلك للرسول فقال : اكتب فوالذى نفسى بيده ما خرج منى إلا حق^(١).

كما روى البخارى وأحمد والترمذى أن أبا هريرة قال : ما من أصحاب النبى أحد أكثر حديثا منى إلا ما كان من عبد الله بن عمرو فإنه كان يكتب ولا يكتب، يقول العيني^(٢) «إن عبد الله بن عمرو من أفاضل الصحابة فلو لم تكن الكتابة جائزة لما كان يفعل ذلك» بل رواه الحافظ^(٣)، وفيه أن ابن عمر استأذن الرسول فى الكتابة فأذن له، وروى الترمذى عن أبى هريرة أن رجلا من الأنصار شكا إلى النبى ﷺ فقال : إني أسمع منك الحديث ولا أحفظ، فقال : «استعن بيمينك».

من كل هذه الأحاديث والروايات نعلم أن بعض السنة قد دون فى عهد الرسول، وأنه أذن بذلك، وأن النهى المروى عنه قبل ذلك يفهم منه مع هذا أنه لم يكن نهيا عاما، وإنما كان خاصا كما قدمنا.

وفضلا عن ذلك فإن الرسول ﷺ قد أمر بتدوين خطبته عام فتح مكة لرجل من أهل اليمن يكنى أبا شامة، كما روى أنه عهد بصحيفة مكتوبة إلى على بن أبى طالب علقها فى قراب سيفه فيها فرائض الصدقة والعقل وفكاك الأسير، وألا يقتل مسلم بكافر، كما ثبت أن دونت صحائف كثيرة فى عهده فى بيان ديات النفس والأطراف والفرائض^(٤).

(١) أخرجه ابن عبد البر فى جامعه ج ١ ص ٧٠ وأبو داود فى سننه ج ٣ ص ٣١٨ ورواه الحاكم وقال عنه إنه حديث حسن صحيح الإسناد. وراجع أيضا مقدمة البخارى طبع مطبعة الفجالة الجديدة سنة ١٣٧٦ هـ ص ٤٠.

(٢) عمدة القارى على البخارى ج ٢ ص ١٦٨.

(٣) فتح البارى على البخارى ج ١ ص ١٤٨.

(٤) راجع طبعات ابن سعد ج ٣ طبعة القاهرة، ومن هذا أمر الرسول بكتابة كتبه لسفرائه الذين أوفدهم للملوك وحكام البلاد التى تحيط بهم ليتمدوا سفارتهم، ويسمعو دعوته إليهم للإسلام حتى تكون لهم صفة الإنابة. فقد أرسل دحية بن خليفة الكلبي الخزرجى سفيرا عنه إلى هرقل إمبراطور الروم كما أرسل عبد الله بن حذافة السهمى سفيرا عنه إلى كسرى فارس، وحمرو بن أمية الضميرى سفيرا عنه إلى النجاشى، وحاطب بن أبى بلتعة سفيرا إلى المقوقس عامل هرقل فى مصر، وما أمر بكتابتهم من عهد صلح الحديبية، إلى غير ذلك.

غير أن كل هذا لا يرقى على أن يكون من المسائل الفردية التي قام بها نفر قليل، ثم جاء الخليفة وكانت نزعتهم مختلفة متباينة بشأن التدوين، ففريق ينادى به ويرى أن فيه حفظاً للأصول والعلوم من الضياع، فدونوا فعلاً واحتفظوا بما دونوا^(١).

عن سعيد بن جبير: أنه كان يكون مع ابن عباس فيستمع منه الحديث فيكتبه في واسطة الرحل، فإذا نزل نسخه، وعن أبي عترة عن أبيه أن ابن عباس أرخص له أن يكتب، وروى مسلم: أن أنس بن مالك سمع من محمود بن الربيع حديثاً عن الرسول فأعجبه، فقال لابنه اكتب فكتبه.

وفريق آخر، وكانت له الغلبة، نزعتهم عدم التدوين لأنهم اعتمدوا على الحفظ ومرتوا عليه، لأنه أضبط من الكتابة وأحفظ على التصور منها. إذ قد يضع المکتوب، أو يلى أو يدخل عليه تحريف وتصحيف مع أن الاعتماد على الكتابة يفقد قوة الحفظ والذاكرة شيئاً فشيئاً، وفهموا من نهى النبي ﷺ لكتاب الوحي «ألا يكتبوا عنه غير القرآن» أنه نهى عام، وقال مؤيدو هذا الفريق: إن ما روى من تدوين بعض الصحابة أو موافقة على التدوين إنما كان تدويناً مؤقتاً ليحفظ منه ثم يمحي المکتوب بعد ذلك.

وعلى كل فقد كان التدوين والتصنيف قليلاً جداً في ذلك العصر، وما وجد فيه كان عملاً فردياً لا يمثل اتجاه العصر، ولذا فإن المؤرخين لم يعتبروا هذا العصر عصر تدوين وتصنيف، ومع هذا فقد حدث في أوائل هذا العصر تدوين مبدئي للسنة، كما اتجهوا إلى تدوين أحكام القضاة. ثم بعد ذلك نشط التدوين وكان لذلك فضل حفظ الفقه وسهولة تداوله، وإنا سنقدم لك هنا جمع القرآن والسنة، على أن نتناول في المبحث الثاني تدوين الفقه الإسلامى.

(١) مقدمة البخارى ص ٤٥ بقلم الأستاذ عبد الغنى عبد الحالى، وتحقيق وتعليق الاساتذة محمود النواوى، ومحمد أبو الفضل، ومحمد خفاجى. طبع مطبعة الفجالة الجديدة سنة ١٣٧٦.

جمع القرآن وتسميته مصحفاً ، فى عهد الخليفة أبى بكر قتل كثير من القراء بموقعة اليمامة سنة ٢٢ هـ ، فأشار عمر على الخليفة بجمع القرآن فى مجموعة واحدة^(١) . ولم يزل عمر يراجع أبى بكر حتى شرح الله صدره لذلك ، ودعا زيد بن ثابت^(٢) وكلفه بذلك فأخذ زيد يجمعه من الرقاع المختلفة ، يعاونه فى ذلك أبى بن كعب وعلى بن أبى طالب ، وعثمان بن عفان ، وكان أبى يقوم بالإملاء وزيد يكتب ، وكان عمر يقف مع زيد - بأمر من الخليفة - على باب المسجد ليجمع القرآن من صدور الرجال زيادة فى الحيلة والتأكد .

فكان أن جمعت المتفرقات ، وجدد منها ما يحتاج إلى تجديد ، وانضمت بعضها إلى بعض مرتبة حسبما أرشدهم الرسول إلى أماكن الآيات من السور ، طبقاً للعرضة الأخيرة التى عرضها الوحي على الرسول . والواقع أن هذا لم يكن حدثاً جديداً فى عهد أبى بكر^(٣) فكل ما حدث أن جمعت هذه المتفرقات ورتبت وربطت فى خيط واحد .

وقد كان أبو بكر رضى الله عنه هو أول من سمي القرآن الكريم مصحفاً . فبعد أن تم جمعه على الوجه المتقدم . قال للصحابه التمسوا له اسماً؟ فقال بعضهم : سموه «سفراً» . فقال أبو بكر سموه مصحفاً . فوافقوه وسموه بذلك^(٤) .

(١) وقال : إن القتل قد استحر بقراء القرآن ، وإنى أخشى أن يستحر القتل بالقراء فى المواطن ، فيذهب كثير من القرآن ، وإنى أرى أن تأمر بجمع القرآن ، فقال أبو بكر : كيف نفعل شيئاً لم يفعل الرسول؟ فقال عمرو : هذا والله خير .
(٢) وقال له : إنك شاب عاقل لا تهملك ، كنت تكتب القرآن لرسول الله . وقد حضرت العرضة الأخيرة .

(٣) غير أنه جاء فى طبقات ابن سعد ج ٤ ص ٢ أن عمر أول من جمع القرآن ، وهى رواية ضعيفة ، وأضعف منها الأدلة التى سقت لتأييدها فى كتاب «نظرة عامة فى تاريخ الفقه الإسلامى» ص ٩٠ . والواقع أن عمر هو صاحب الفكرة واشترك مع زيد فى الأخذ من صدور الناس على باب المسجد لكن بأمر من أبى بكر وفى عهد خلافته .

(٤) والمصحف مثلثة الميم من صحف بضم وكسر أى جعلت فيه الصحف . أ . هـ . القاموس .

وأودع المصحف عند أبي بكر. وانتقل من بعده إلى عمر. ثم إلى حفصة ابنته، وهكذا بقي محفوظا غير متداول بين الناس، ولم تنسخ منه صور لكى يرجع إليها الناس أو ترسل إلى الأقطار الإسلامية.

وفي عهد عثمان بن عفان، وقد جاءه حذيفة بن اليمان من غزوة ثغر أرمينية. وقد حضرها أهل الشام وأهل العراق. فقال له: يا أمير المؤمنين إن أهل الشام يقرأون القرآن بقراءة أبي بن كعب. وأهل العراق يقرأون بقراءة عبد الله ابن مسعود، وكل منهما يخطئ الآخر، وإنى لأخشى مغبة ذلك^(١) فقال عثمان: يا أصحاب محمد اجتمعوا فاكتبوا للناس إماما. وأحضر مصحف أبي بكر من حفصة زوج الرسول. وأمر زيد بن ثابت وجماعة بنسخه، على أنهم إذا اختلفوا عند الكتابة على كتابة حرف فلما يكتب بلغة قريش، لأن القرآن نزل بلسانهم^(٢).

ولما تم النسخ أرسل إلى حفصة مصحفها، وأرسل إلى كل إقليم مصحفا مع إمام ليرشد الناس إلى وجوه قراءته، ويدلهم على الاختصار في القراءة على ما وافقها وترك ما خالفها من قراءات خلطوا بها مثل تأويلات أبي وابن مسعود، واستبقى لنفسه مصحفا^(٣). وأمر بعد ذلك بما سواه من القرآن في كل صحيفة أو مصحف أن يحرق. فتم ذلك^(٤)، ثم اهتم المسلمون بعد باستنساخ تلك المصاحف فنسخوا منها عددا كبيرا في مدة وجيزة.

(١) وقد كان منشأ هذا اختلاف اللهجات، واختلاف الكتابة تبعا لذلك، أو أن أحدهم سمع كلمة من الرسول ليان معنى نزول آية فكتبها مع الآية وقراها. كما أن مجاميعهم كانت ناقصة كما قلنا، فعند بعضهم ما ليس عند الآخر. راجع فضائل القرآن لابن كثير ص ٣٥.

(٢) قد اختلفوا في كتابة كلمة «تابوت» هل الحرف الأخير يكتب تاء أم هاء فقال زيد - ولم يكن قريشيا - تكتب هاء، وقال القرشيون الذين معه تكتب تاء. ثم رجعوا إلى عثمان فقال اكتبوا بلغة قريش. راجع فضائل القرآن لابن كثير ص ٣٥.

(٣) فأرسل إلى مكة والشام واليمن والبحرين والبصرة والكوفة وحبس واحدا بالمدينة.

(٤) فحرقها جميعا إلا مصحف أبي بكر الذي بقي عند حفصة حتى ماتت سنة ٤٥ هـ واستلمه أخوها عبد الله بن عمر فطلبه منه مروان وإلى المدينة من قبل معاوية وحرقه أيضا. راجع في الموضوع البخاري مع شرح الكرماني ج ٩ ص ١٣ وما بعدها.

ولعل بعض الناقمين على عثمان تعللوا بهذا للثقة منه رغم أنه كان بمشورة الصحابة واتفاقهم. ولذا فإن عليا لما علم بذلك قال : لا تقولوا فيه إلا خيرا فوالله ما فعل الذي فعله في المصاحف إلا على ملا منا وموافقنا، ولو لم يصنعه هو وكان لى الأمر لصنعتة^(١).

وقد كان التدوين خاليا من النقط والتشكيل. ومن هنا جاء اختلاف القراء، ولما زاد اختلاط العرب بالعجم باتساع الفتح في عهد الأمويين. ازداد اختلاف القراء في القراءة. لأن الحروف كتبت دون نقط أو تشكيل فوضع أبو الأسود الدؤلي^(٢) قاضى البصرة قواعد لضبط أواخر الكلمات وجاء من بعده تلميذه نصر ابن عاصم الليثي^(٣) فوضع نقطا على الحروف المشابهة ليفرقها عن بعضها البعض، على أنه في العصر العباسي وضع الخليل بن أحمد^(٤) علامات تشكيل الحروف المعروفة لنا الآن ثم وضعت بعد ذلك أحكام القراءات والتجويد. ومن البدهة أن هذا لا يمس رسم كلمات المصحف العثماني الذي تحجب المحافظة عليه. وعدم تأثره بقواعد الإملاء التي تتعرض دائما للتغيير مخافة اختلاف المصاحف مما يترتب عليه التحريف فيها واختلافها باختلاف رسم الكتابة في مختلف الأقطار.

التفكير الرسم في تدوين السنة :

عرضت على عمر بن الخطاب فكرة تدوين السنة فأخذ يبحثها فترة ثم أعرض عن قبولها، وبقيت الفكرة بعيدة عن أذهان الرسميين، حتى عهد عمر بن عبد العزيز. وكان قد كثرت الأحاديث الموضوعة. وانتشر الصحابة والتابعون في مختلف الأمصار. ففكر في آخر أيامه^(٥) في جمع السنة في كتاب واحد، وتوزيع

(١) راجع النص في الإتقان للسيوطي ج ١ ص ٧٥.

(٢) تابعي كبير توفي سنة ٦٧ هـ الذي وضع علم النحو، وكانت علامة الفتح والكسرة وغيرها بالنقط.

(٣) توفي سنة ٩٩ هـ.

(٤) الخليل بن أحمد الفراهيدي المتوفى سنة ١٧٠ هـ والفتحة عبارة عن ألف مبسوطة والضممة عبارة عن واو، والكسرة من أسفل يشير إلى فتح الفم لأسفل وهكذا.

(٥) توفي سنة ١٠١ هـ وقد عرضت له الفكرة قبل وفاته بنحو عام أو أكثر مع ملاحظة أن خلافته بدأت سنة ٩٩ هـ.

سُخِ مِنْهُ عَلَى الْأَمْصَارِ، كَيْ لَا يَخْتَلِفَ النَّاسُ، فَأَمَرَ قَاضِي الْمَدِينَةِ أَبَا بَكْرَ بْنَ حَزْمٍ بِذَلِكَ وَقَالَ: «أَنْ أَنْظَرَ مَا كَانَ مِنْ حَدِيثِ رَسُولِ اللَّهِ أَوْ سُنَّتِهِ فَأَكْتُبُهُ فِيمَا نِيَّ خُفْتُ دُرُوسَ الْعِلْمِ وَذَهَابَ الْعُلَمَاءُ» لَكِنْ الْمَوْتُ قَدْ عَاجَلَ الْخَلِيفَةَ قَبْلَ أَنْ يُتِمَّ التَّنْفِيزَ، وَلَمْ يَعْنِ خُلْفَهُ بِذَلِكَ^(١).

ويبدو أن سبب إحجام الخلفاء عن تدوين السنة في هذا العصر كان يرجع إلى مخافة أن يتسبب عن ذلك عدم التأمل في القرآن وتفهم معانيه، ومخافة أن يدون فيها ما ليس منها أو يترك شيء منها، كما أنهم تورعوا عن إحداث ما يروى أن الرسول عليه السلام نهى عنه أو لم يفعله. وفضلاً عن ذلك كله فإن اشتغالهم بالسياسة والحكم صرفهم عن ذلك، ولما أحسوا بالحاجة إلى التدوين والكتابة بعد أن كثرت الفروع وتشعبت المسائل ووجدت المدارس الفقهية، وتزايد عدد من دخل في الإسلام من الموالى شاع في القوم أحاديث وضعت عن الرسول، كما أن العباسيين وقد تظاهروا بأنهم يعملون من أجل الدين، فشجعوا العلماء ويسروا لهم السبل. كل هذه العوامل وغيرها دفعت الناس والحكام منهم إلى التفكير في الكتابة والتدوين، ودفعت العلماء إلى التبويب والتصنيف، فجمعت السنة وبحث سندها، ومحضت روايتها، كما دون الفقه وأصوله وتفسير القرآن والقراءات، وكذلك علم الكلام وعلوم اللغة والبلاغة والفلسفة والمنطق وغيرها، كما كثرت الترجمة، فقد ترجمت علوم أخرى كفلسفة اليونان ومنطق أرسطو، كما وجهوا عنايتهم لدراسة الأديان الأخرى^(٢)، مما دل على أن

(١) راجع ضحى الإسلام ج ٢ ص ١٠٦ وما بعدها.

(٢) يقول الذهبي: «في هذا العصر شرع علماء الإسلام في تدوين الحديث والفقه والتفسير وصنف ابن جريج التصانيف بمكة، وصنف سعيد بن عروة وحماد بن سلمة وغيرهما بالبصرة وصنف أبو حنيفة الفقه والرأي بالكوفة. إلى أن قال: «كثرت تبويب العلم وتدوينه ودونت كتب العربية واللغة والتاريخ وأيام الناس». راجع النجوم الزاهرة في تاريخ ملوك مصر والقاهرة طبع دار الكتب عند الكلام عن سنة ١٤٣ ص ٣٥١، وراجع الموضوع أيضاً في الوسيط للسكندري ص

روح الإسلام تدعو إلى العلم والتعليم وتستحث الهمم عليه^(١)، هذا والذي يعنينا هنا أن نبين كيف دونت السنة.

تدوين السنة : بدأ تدوين السنة بصفة فردية في عهد الرسول ثم زاد هذا العمل الفردي في عصر الصحابة، حتى بدأ التفكير الرسمي في عهد عمر ابن عبد العزيز على ما أشرنا إليه، فلما جاء العصر العباسي وانتصف القرن الثاني للهجرة وجدت النزعة إلى تدوين السنة في مختلف الأمصار، وانكب الكثير ممن تفرغ لهذا على جمع أحاديث الرسول، وخصوصا أن الدولة لم تعارض أو تمنع بل شجعت وعضدت. ففي مكة قام بجمع الحديث ابن جريج المتوفى سنة ١٥٠ هـ، وفي المدينة محمد بن إسحق المتوفى سنة ١٥١ هـ، ومالك بن أنس المتوفى سنة ١٥٦ هـ، وحماد بن سلمة المتوفى سنة ١٧٦ هـ، وبالكوفة سفيان الثوري المتوفى سنة ١٦١ هـ، وبالشام الأوزاعي المتوفى سنة ١٥٧ هـ وباليمن معمر المتوفى سنة ١٥٣ هـ، وبخراسان ابن المبارك المتوفى سنة ١٨١ هـ، وبمصر الليث بن سعد المصري المتوفى سنة ١٧٥ هـ^(٢).

وقد كان الغرض من جمع الحديث : تسهيل استنباط الأحكام منها وخصوصا لفقهاء مدرسة الحديث، ليردوا به على فقهاء العراق القياسيين، ومن يتحى منحاهم، لذا فلما نجد أول ما دونت السنة كانت تجمع وتبويب التبويب الفقهي وتجمع معها أقوال الصحابة وفتاوى التابعين، وأطلق على هذا النوع من الجمع «المصنفات» وأشهر هذه المصنفات موطأ مالك^(٣)

(١) وفي هذا ينقل لنا الأستاذ معروف الدواليبي عن كتاب «كشاف لوبون» في حضارة العرب : «إن العلم الذي استخفت به جدا أديان أخرى، قد رفع المسلمون من شأنه عاليا، وإليهم في الحقيقة ترجع هذه الملاحظة الصائبة : «لما الناس هم الذين يتعلمون، والذين يعملون، وأما ما عداهم فمضر أو لا خير فيه» مدخل إلى علم أصول الفقه ص ٩٨.

(٢) ضحى الإسلام لأحمد أمين ج ٢ ص ١٠٧ فقد فصل القول عن الموضوع من ص ١٠٦ إلى ١٣٦.

(٣) للموطأ عدة روايات لم يصلنا منها سوى رواية محمد بن الحسن التي طبعت في الهند ورواية يحيى الليثي سنة ٢٣٠ طبعت بمصر.

الذى قال عنه الشافعى : ما على الأرض من كتاب بعد كتاب الله أصح من كتاب مالك^(١).

غير أن فريقا آخر من المشتغلين بجمع الحديث اتجهوا إلى إفراده عن الفقه، بعد أن كان مزوجا بفقه الصحابة والتابعين، وجمعوا الأحاديث ورتبوها حسب الرواة. فتجمع أحاديث كل راو على حدة دون مراعاة موضوعها من الفقه، ولذا فقد أطلق على هذا النوع « المسانيد » ومن أشهرها مسند أحمد بن حنبل وهو ستة أجزاء.

وفى القرن الثالث الهجرى نشطت حركة جمع الحديث مع تمحيص الرواية وتمييز الصحيح من الضعيف وتجميع الرجال، وقد كان من قبل لم يتجهوا فى دراسة الحديث وجمعه هذا الاتجاه، فيروى^(١) عن سفيان الثورى أنه يقول : «إنى أحب أن أكتب الحديث على ثلاثة أوجه : حديث أكتبه أريد أن أتخذه ديناً، وحديث رجل أكتبه فأوقفه لا أطرحه ولا أدين به، وحديث ضعيف أحب أن أعرفه ولا أعبا به» وقد ألفت فى هذا القرن أهم كتب الحديث وهى المعروفة بالكتب الستة : الصحيحان البخارى المتوفى سنة ٢٥٦، ومسلم المتوفى سنة ٢٦٠ هـ، وكتب السنن الأربعة : ابن ماجه المتوفى سنة ٢٧٣، وأبو داود السجستانى المتوفى سنة ٢٧٥ هـ، والترمذى المتوفى سنة ٢٧٩، والنسائى المتوفى سنة ٣٠٣، وقد بذل مدونو هذه الكتب مجهودا شاقا مضنيا فى الجمع والتثبت من صحتها قبل تدوينها ثم ترتيبها وتبويبها على نظام المصنفات أى بترتيب أبواب الفقه.

هذا بالنسبة لأهل السنة، أما الشيعة فأهم مجموعات الأحاديث عندهم وتسمى (بالأخبار) أربعة : «الكافى» لمحمد بن يعقوب الكلينى توفى سنة ٣٢٨، «من لا يحضره الفقيه» لابن بابويه المتوفى سنة ٣٨١، و«الاستبصار»، و«تهذيب الأحكام» وكلاهما للطونسى المتوفى ٤١١ هـ.

(١) مقدمة البخارى المشار إليها سابقا ص ٤٧.



ولقد كان لتدوين الحديث وتمحيص إسناده أثر في الفقه، فقد رجع كثير من الفقهاء عن الكثير من آرائهم مخالفين ما كان عليه أئمتهم أحيانا فيما قرروه، يقول الشافعي في هذا المعنى : «إن العلماء من الصحابة والتابعين لم يزل شأنهم أنهم يطلبون الحديث في المسألة، فإذا لم يجدوا تمسكوا بنوع آخر من الاستدلال، ثم إذا ظهر الحديث بعد، رجعوا عن استدلالهم إليه».

المجلد الثاني

تدوين الفقہ والاصول

بدأ الفقہ اول ما بدأ عبارة عن فتاوى وأقوال للصحابه وأحكام يصدرونها فيما يعرض عليهم من وقائع، وكل هذا لم يدون في عهدهم وحتى الأحكام المجمع عليها لم تدون؛ لأنهم لم يحرصوا على التدوين حرصاً منهم على ألا يتقيد أحد من بعدهم بأرائهم أو يقفوا عندها مكتفين بها عن الغوص في معاني القرآن وتفهم ألفاظه بما يناسب البيئته، كما أن أحكامهم القضائية كانت تنفذ عقب صدورها ويقوم بتنفيذها القاضي نفسه في الحال.

غير أنه في عهد بني أمية تنبه بعض القضاة في الأقاليم إلى وجوب تدوين أحكامهم، وأول حكم قضائي سجل هو الحكم الذي أصدره أحد قضاة مصر في عهد معاوية بن أبي سفيان في ميراث بين ورثة تخاصموا إليه ثم تناكروا الحكم واختلفوا فعادوا إليه فحكم بينهم وسجل الحكم^(١).

ولم يكن للفقہ درس مخصص ولا أستاذ معين، كما كان تلقين الفقہ وتلقيه في المساجد^(٢) والمجالس الخاصة، يلقى الفقيه ما أراد تلقيه لمريديه فيفهمونه ويحفظونه، ومنهم من يستعين بتدوين بعض الأحكام، وكان هذا نواة

(١) راجع تاريخ القضاء لعرنوس والمختارات الفتحية لأبي الفتح.

(٢) كانت المساجد تعد من أكبر معاهد الثقافة لدراسة القرآن والحديث والفقہ واللغة وأحسن مثل لذلك مسجد البصرة الذي كان فيه حلقة قوم من أهل الجدل، وكان رواد هذه الحلقة من شعوب وديانات مختلفة. وقد اقتضت نفقات دور العلم على المساعدات المالية التي كان يقدمها الخلفاء إلى الزهاد الذين حبسوا أنفسهم في المساجد للعبادة. وقد أثر من عمر بن عبد العزيز أنه كتب إلى والي حمص يقول:

«انظر إلى القوم الذين نصبوا أنفسهم للفقہ وحبسوها في المسجد عن طلب الدنيا فأعط كل رجل منهم مائة دينار من بيت المال» هذا وقد كانت المساجد تستخدم لاجتماع العلماء فيها كما اتخذها علماء التفسير والحديث مقراً لهم ثم استخدمت كمعاهد للتعليم يتلقى الأطفال فيها اللغة البرية وأصول الدين ثم اتخذها القضاة مكاناً لعقد جلساتهم.

راجع تاريخ الإسلام السياسي للدكتور حسن إبراهيم ج ١ ص ٥٥٢ / ٥٦٦ وأيضا ج ٢ ص ٣٠٢ الطبعة الثالثة.

التصنيف والتدوين في الفقه، ثم ترعرعت فكرة التدوين الفقهي وقويت، فجمع فقهاء المدينة فتاوى عبد الله بن عمر، وعائشة وابن عباس، ومن جاء بعدهم من كبار التابعين في المدينة. ومن هذا موطأ مالك الذي أقام في تأليفه وتهذيبه نحو أربعين سنة. وكان فقهاء العراق يجمعون فتاوى عبد الله بن مسعود وقضايا على ابن أبي طالب وفتاواه، وقضايا شريح وغيره من قضاة الكوفة. فقد جمع إبراهيم النخعي فتاوى الشيوخ وآراءهم ومبادئهم في كتاب، وأن حمادا كان له مجموعة منها، كما وضع محمد بن الحسن كتاب الآثار الذي جمع فيه آثار هؤلاء العلماء.

ثم تطور الأمر فأصبح الأستاذ يدون فقهه في مؤلف خاص يمليه على طلابه بنفسه أو يمليه عليهم واحد منهم في حضرته كما كان يفعل مالك بن أنس غالباً، فقد كان كاتبه حبيب يقرأ ما ألفه مالك في حلقة الدرس على مسمع الإمام نفسه، وكان هذا يتكرر من طبقة إلى طبقة، وأصبح تدوين الفقه ونقله من هذا الطريق.

وكثيراً ما كان الطالب يدخل شيئاً على ما سمعه لبيان حكم أو للتعليق عليه، أو يغير العبارة بقصد التنقيح، بل وقد يحدث أن يغير الإمام نفسه بعض آرائه ويرجع عما قال فيسمع هذا التعديل بعض طلابه ويدونونه، ولا يسمعه البعض الآخر فيبقى رأى الإمام في المسألة مقيداً عنده على ما كان. وقد كان هذا من غير شك سبباً في اختلاف الروايات المنسوبة إلى فقيه واحد مما لمجدّه في كتب الفقه من القول بأنه روى عن أبي حنيفة مثلاً روايتان في مسألة واحدة.

ولما كان المسلمون في صدر الإسلام يعتمدون على الحفظ والذاكرة، ويحجمون عن التدوين كانوا يعتمدون على الرواية فكان لكل فقيه سنده فيما يدونه، فمثلاً محمد بن الحسن الفقيه الحنفى كان يسند كلاً من رأى الإمام وأبى يوسف إلى صاحبه، وإذا كان رأى الإمام تلقاه عن صاحبه أبى يوسف يقول روى

أبو يوسف عن الإمام أنه قال كذا . . . وهكذا الفقهاء الذين قاموا بالتدوين من بعد محمد بن الحسن تمجدهم لا يعتمدون على النقل من كتبه فقط، وإنما يعتمدون في تدوينهم على ما رواه لهم هو وغيره.

ثم مع تطاول الزمن قلت العناية بالرواية حتى تحلل الفقهاء منها عند التدوين واكتفوا بالأخذ من الكتب المعروفة المتداولة لأنها بمنزلة الخبر المتواتر والمشهور، ثم تهاون الكتاب حتى في هذا وأخذوا ينقلون عن الكتب حتى غلب على ظنهم صحة نسبة ما في الكتاب إلى صاحبه.

وبترك الرواية وانقطاع السلسلة كثر التصحيف ونقلت الأحكام من كتب لا يدري ما ريد فيها وما نقص مما أفسد الفقه وجعل كتبه في حاجة إلى المراجعة والتحقيق، ولذا فإن الفقهاء اتفقت كلمتهم على تقسيم المؤلفات إلى مؤلفات معتبرة يصح الاعتماد عليها والأخذ عنها، وإلى كتب ضعيفة لا يصح التعويل عليها، كما اتفقت كلمتهم على عدم التعويل على ما ينسب إلى مذهب من أحكام في كتب مذهب آخر إلا إذا كان الكتاب من كتب اختلاف الفقهاء.

وقد بدأ الفقه في العصر الأموي مختلطاً بالسنة وما أثر عن الصحابة والتابعين لأنها مادة الفقه، وموطأ مالك هو الذي يمثل هذا التدوين، بل هو أول ما دون من كتب الفقه، وهو من تدوين مالك نفسه، ومن هذا النوع ما صنعه سفيان الثوري في الجامع الكبير، والشافعي في كتاب اختلاف الحديث.

وبجانب ذلك وجد تدوين الفقه مجرداً عن السنة والآثار، وكان هذا مسلك الأحناف، فلمنه وإن كان لم يعرف عن الإمام تدوين في علم الفروع إلا أن أبا يوسف قد دون كتابه الخراج، وتناول فيه الدستور المالي للدولة الإسلامية كما أنه كثيراً ما أعد دروساً وأملأها على مريديه، أما محمد بن الحسن فهو دون جدال هو الذي قام بتدوين الفقه الحنفي، وجاء تدوينه للفقه مجرداً عن السنة، فهذه كتبه الستة التي جمع فيها مسائل الأصول في مذهب إمامه أبي حنيفة وهي : المبسوط

وعرضها على ابن القاسم فعدل عن بعض ما فيها وعدله، وصحح ما احتاج إلى تصحيح، ولذا فإن المدونة التي يرويها سحنون هي المعتمدة في المذهب، وقد شرحها شراح كثيرون.

ثم جاءت المختصرات بعد ذلك، فهذا مختصر ابن الحاجب، ومختصر خليل الذي نُقِّحَ بمختصرين آخرين هما : أقرب المسالك للدردير، والمجموع للأمير. وهكذا نجد الكثرة الكثيرة من كتب الفقه على اختلاف المذاهب سلكت هذا الطريق.

إلا أننا نجد بجانب هذين النوعين من التدوين والتصنيف نوعا ثالثا هو تدوين المسائل الفقهية مصحوبة بأدلتها من الكتاب والسنة والإجماع والقياس وسائر وجوه المعاني مثل كتاب المبسوط الذي أملاه الشافعي على تلاميذه بمسجد عمرو بمصر وقدم له برسالة في أصول الفقه، وقد عرف مبسوط الشافعي باسم الأم، حيث جاءت المختصرات بعد ذلك على هذا النهج سواء ما قدمناه من مختصرات الاحناف والمالكية أو مختصرات الشافعية كمختصر المزني، والوجيز للغزالي ومختصر النووي المعروف باسم المنهاج.

ومن هذا نجد كما يقول أستاذنا الشيخ السهوري^(١) : «إن هذه الأنواع الثلاثة قد وجدت من البداية ثم انفصل كل من الحديث والفقه عن صاحبه وكانت لهذا وذاك كتبه الخاصة، نعى الأولى بالصحيح من الحديث وروايته أكثر من عنايتها بما يدل عليه الحديث من أحكام، أما الأخرى فلأن عنايتها متجهة إلى الأحكام وإنما يذكر الحديث للاستدلال».

ومن النظر في كتب الفقه التي دونت في مختلف العصور وأقدم ما وصل إلينا من كتاب الموطأ لمالك، وكتاب الخراج لأبي يوسف، وكتب محمد بن الحسن، وكتاب الأم للشافعي - نجد أنها كانت سهلة ومبسطة في بادئ الأمر ثم اتجه الكاتِبون بعد ذلك إلى اختصارها، واستمروا في هذا الاتجاه حتى أصبحت

(١) في المصدر السابق.



المتون أثارها يعجز الطالبون عن فهمها مما دفع الفقهاء بمدد إلى الاشتغال بشرحها، والتعليق عليها وعلى الشروح أيضا، وكان هذا سببا في وجود ما يسمى بالمتن - وهو المختصر - مثل متن البداية للمرغيناني^(١)، ولما وجده مؤلفه غامضا يحتاج إلى شرح شرحه بكتاب سماه الهداية وهى أربعة أجزاء، ثم جاء البابرتي^(٢) المتوفى سنة ٧١٦ بشرح للهداية أسماه العناية وجاء من بعده الكمال بن الهمام^(٣) المتوفى سنة ٨٦١ فشرح الهداية بكتاب أسماه «فتح القدير»^(٤) ويقع فى ثمانية أجزاء وهكذا.

القواعد الفقهية ،

وباستعراض كتب الفقه المختلفة نجد أن الفقهاء فى الغالب يتعرضون للجزئيات دون النظريات العامة والقواعد الفقهية^(٥)، وقد عنى الفقهاء المسلمون بهذا النوع من الدراسة لما يترتب عليه من تيسير الفروع، ولم شملها، فقد عرفت القواعد فى عصر الأئمة المجتهدين تدريجيا على أيدي كبار أهل التخريج والترجيح أخذا من دلالات النصوص وما تفيدته علل الأحكام، وقد لا يسهل تتبع كل قاعدة تبعا تاريخيا للتعرف على أول ظهورها. اللهم إلا ما كان منها حديثا عن الرسول له خصائص القواعد، أو عبارة عرفت عن أحد الأئمة أجراها الفقهاء من بعده مجرى القاعدة، بما أدخلوا عليها من صقل.

غير أنه بالنظر والتتبع يمكن القول بأن فقهاء المذهب الحنفى كانوا أسبق من غيرهم فى هذا الاتجاه ووضع القواعد والاحتجاج بها واعتبارها أصولا حتى أن

(١) فقيه حنفى واسمه برهان الدين على بن أبى بكر توفى سنة ٥٦٣ هـ.

(٢) هو أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي، وقد طبع على هامش كتاب فتح القدير.

(٣) كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيوسى ثم السكندرى.

(٤) وقد مات مؤلفه بعد أن انتهى من الشرح حتى أول الوكالة فى خمسة أجزاء ونصف فقام بتكملة شمس الدين أحمد قاضى راده المتوفى سنة ٩٨٨ هـ ابتداء من باب الوكالة حتى النهاية، وأصبح الكتاب مطبوعا فى ثمانية أجزاء.

(٥) القاعدة كما فى حاشية الحموى على الأشباه والنظائر، حكم أغلبى ينطبق على معظم جزئياته. فالقاعدة الشرعية حكم كلى ينطبق على معظم جزئياته وتندرج تحته فروع مختلفة، وهى تتميز بالإيجاز فى العبارة والاستيعاب الواسع للفروع وقلما تخلو إحدى هذه القواعد من مستثنيات يقتضى الاستحسان تطبيقها على قواعد أخرى، وهذا الاستثناء لا يقلل من أهمية هذه القواعد التى جمعت الكثير الغالب من شتات الفروع الفقهية المختلفة.

القرافى المتوفى سنة ٦٨٤ يقول : «الشرعية اشتملت على أصول وفروع ، وأصولها قسمان : أصول الفقه والقواعد الكلية الفقهية» .

ولما كان الأحناف أسبق من غيرهم إليها ، لأن طبيعة تفهمهم واتجاههم نحو الرأى ووجود الفقه الافتراضى بينهم وتوسعهم فى الفروع حتى أنهم أخذوا أصولهم من فروع أئمتهم . كل هذا جعلهم يعملون على إيجاد قواعد كلية تحكم هذه الفروع الكثيرة المتناثرة وتيسر السبل أمام الفقهاء من تطبيق كثير من أحكام الجزئيات عليها دون أن يكون بينها تنافر أو تعارض .

التأريخ لتدوين القواعد ،

جمع أبو طاهر الدباس فقيه الرأى الحنفى فى العراق أهم قواعد مذهب الإمام فى سبع عشرة قاعدة كلية ، فجاء الكرخى الفقيه الحنفى العراقى المعاصر للدباس والمتوفى سنة ٣٤٠ فأخذ قواعد الدباس وأضاف إليها بعض ما يمكن اعتباره قواعد فى الجملة حتى أوصلها إلى سبع وثلاثين قاعدة ، ثم جاء الإمام أبو زيد الدبوسى المتوفى سنة ٤٣٠ الفقيه الحنفى الذى كان أول من جعل من خلاف الفقهاء علما مستقلا بذاته ، فآلف كتاب تأسيس النظر مشتملا على ست وثمانين قاعدة ، وقد عده علماء الأصول كتاب أصول ، كما وضع الإمام محمود الزمخانى المتوفى سنة ٦٥٦ كتابا أسماه (تخريج الفروع على الأصول) تعرض فيه لكثير من القواعد^(١) .

ووضع عز الدين بن عبد السلام الفقيه الشافعى المتوفى سنة ٦٦٠ كتابه (قواعد الأحكام فى مصالح الأنام) كما وضع الفقيه المالكى أحمد بن إدريس القرافى المتوفى سنة ٦٨٤ ، وهو تلميذ للعز بن عبد السلام كتابه الفروق ، يقول فى مقدمته : «وقد وضعت فى كتاب الذخيرة من القواعد الشىء الكثير ، كل قاعدة فى بابها الفقهى . . ثم أوجد الله فى نفسى أن تلك القواعد لو اجتمعت فى كتاب وزيد فى تلخيصها وبيانها ، والكشف عن أسرارها لكان ذلك أظهر لبهجتها

(١) هذا الكتاب نشر لأول مرة سنة ١٩٦٢ بجامعة دمشق ، وقام بتحقيقه والتعليق عليه السيد أديب صالح المعيد بكلية الشريعة بجامعة دمشق ، وقد كان لى شرف التقديم لهذا الكتاب الجليل .

فوضعت هذا الكتاب للقواعد خاصة، وردت قواعد كثيرة ليست فى الذخيرة، وردت ما وقع منها فى الذخيرة بسطا وإيضاحا.

ثم جاء السبكي المتوفى سنة ٧٥٦، فوضع كتابه التاج، ثم جاء عبد الرحمن ابن رجب الفقيه الحنبلى المتوفى سنة ٧٩٥ ووضع كتاب القواعد الفقهية، ثم جاء السيوطى المتوفى سنة ٩١١، فوضع كتابه الأشباه والنظائر، ثم ابن نجيم المصرى الحنفى المتوفى سنة ٩٧٠ ووضع كتابه الأشباه والنظائر قاصدا أن يكون على غرار كتاب السبكي.

والواقع أن كتاب العز بن عبد السلام وكتاب القرافي وكتاب ابن رجب كلها تتضمن فى الواقع مجرد تقسيمات وضوابط أساسية فى موضوعات فقهية وهى تختلف فى كثير من القواعد التى نعينها. كما يتميز كتاب ابن نجيم بأنه جعل القواعد ستا أساسية : الأمور بمقاصدها، الضرر يزال، العادة محكمة، اليقين لا يزال بالشك، المشقة تجلب التيسير، لا ثواب إلا بالنية. ثم تناول بعد ذلك قواعد أخرى تقل فى اتساعها وشمولها عنها، وفرع عن كل من هذه القواعد وتلك جملة قواعد فرعية.

ثم جاء أبو سعيد الخادمى المتوفى حوالى سنة ١١٥٤ هـ فسرده فى خاتمة كتابه «مجامع الحقائق» مجموعة كبيرة من القواعد الفقهية مرتبة ترتيبا أبجديا، ثم جاءت مجلة الأحكام العدلية فصدرت موادها بذكر تسع وتسعين قاعدة فى تسع وتسعين مادة لا تخلو من التداخل أو الترادف. وقد تناول كثيرون هذه القواعد بالشرح ضمن شروح المجلة أو على وجه الاستقلال. وسنعرض القواعد الست الأساسية وبعض القواعد الأخرى بعد الكلام عن مصادر الفقه الإسلامى.

على أن هناك من القواعد ما لا توضع لها كتب خاصة بها، وإنما يوردها الأصوليون ضمن مباحثهم لقوة الربط والصلة كالقاعدة التى أوردها الشاطبى تقسيما لمقاصد التكاليف وكقاعدة مقدمة الواجب التى أوردها الأصوليون عند الكلام عن الحكم.



تيمية الحنبلى المتوفى سنة ٧٢٨ هـ وهى تقع فى خمسة مجلدات، والفتاوى الزينية لابن لمجيم الحنفى المتوفى سنة ٩٧٠ وتقع فى مجلد واحد، والفتاوى الكبرى لابن حجر الشافعى المتوفى سنة ٩٧٤ وتقع فى أربعة مجلدات، والفتاوى الهندية وتسمى العالمكيرية جمعها فريق من علماء الهند فى القرن الحادى عشر الهجرى، بأمر من السلطان عالمكير، وتسمى جماعة الشيخ نظام طبعت فى ستة أجزاء^(١)، والفتاوى الانقروية لمحمد بن الحسين الانقروى المتوفى سنة ١٠٩٨ هـ وطبعت فى جزأين، والفتاوى المهديّة للمهدى العباسى المتوفى سنة ١٢٥٢ هـ وتقع فى سبع مجلدات.

هذا وقد كانت وزارة العدل بالإقليم المصرى قد أسندت سنة ١٩٤٣م إلى أستاذ جليل له قدره ومكانه الفقهى^(٢) القيام بجمع الفتاوى التى صدرت بعد ذلك من دار الإفتاء المصرى. وأن يقوم بتبويبها، والتعليق عليها، وقد شرع فى ذلك فعلا. واستمر يعمل فترة طويلة من الزمن أو شك فيها أن ينتهى من الجمع والتعليق والتبويب، وأصبحت فى حكم المعدة للطبع. لكن حدث فى أوائل يناير سن ١٩٥٠ أن وقف هذا العمل لأمر خارجة عن رغبة الفقيه الفاضل وعن النطاق العلمى، وقد أهمل ما عمله حتى تناوله الضياع، ولم يبق له أثر حتى الآن. ولو قدر لهذا العمل أن يتم عن أسند إليه لكان ثروة فقهية لا تقدر.

تطوير علم أصول الفقه :

من الواضح أن للفقهاء مناهجهم الخاصة فى البحث على ما سنبينه، غير أن هذه المناهج لم يصرح بها الفقهاء إنما كانت فى نفوسهم، ولما جاء الإمام الشافعى، وقد تهيأ له ما لم يتهيأ لغيره لاحظ الموازين التى لاحظها الفقهاء من قبله ووازن

(١) وبهامش الأجزاء الثلاثة الأولى طبعت الحاشية لقاضى خان حسن بن منصور الفرغاثى المتوفى سنة ٥٩٢، وعلى هامش الأجزاء الثلاثة الأخيرة طبعة البزاية وتسمى الجامع الوجيز لابن البزار محمد الكردى المتوفى سنة ٨٢٧ هـ.

(٢) الأستاذ الشيخ محمد أحمد فرج السهورى وزير الأوقاف سابقا وكان وقتها رئيسا لإحدى المحاكم الشرعية.

بينها ثم دون كل ذلك فى قواعد محكمة وأبواب مترابطة، وكان الشافعى بهذا أول من دون علم أصول الفقه^(١)، فاملئ على تلميذه الربيع كتابه «الرسالة» التى أشرنا إلى أنها كانت بمثابة مقدمة لكتاب الأم، والظاهر أن الشافعى صنف الرسالة بيفداد ودونها، ولما قدم مصر واستوطنها أعاد تصنيفها كما غير من مذهبه. ولم تكن الرسالة كل ما أثر عن الشافعى فى الأصول بل أثر عنه أيضا فى ذلك كتاب إجماع العلم، وكتاب إبطال الاستحسان.

والشافعى وإن كان له فضل هذا السبق فى التنظيم والتدوين فلإن الفقهاء والعلماء من بعده تعهدوا هذا العلم وعنوا به وحرروا الكثير من مسائله، وتناولوه بالزيادة والتنمية، فكتب أحمد بن حنبل، وكتب الأحناف والمالكية غير أن الأحناف انفردوا بمنهج خاص مخالف للآخرين على ما سنبينه فى موضعه.

ومن أول كتب الأحناف فى الأصول : ما كتبه الكرخى المتوفى سنة ٣٤٠هـ أصول أبى بكر محمد بن على الرازى المعروف بالجصاص المتوفى سنة ٣٧٠هـ وأصول السرخسى المتوفى سنة ٤٢٨هـ، والبزدوى المتوفى سنة ٤٨٣هـ، والمنار للنسفى المتوفى سنة ٧٩٠هـ.

ومما كتب على طريقة غير الأحناف : المعتمد لأبى حسن البصرى المتوفى سنة ٤٦٤هـ والبرهان للنيسابورى المتوفى سنة ٤٧٨هـ والمستصفى للغزالى المتوفى ٥٠٥هـ. ولما جاءت المختصرات جمع محمد بن عمر الرازى الشافعى المتوفى سنة ٦٠٦هـ هذه الكتب الثلاثة فى كتاب واحد أسماه المحصول كما جمعها الأمدى المتوفى سنة ٦٣١هـ فى كتابه الإحكام فى أصول الأحكام، ثم توالى المختصرات بعد ذلك فاختصر المحصول نفسه اليبضاوى المتوفى سنة ٦٨٥هـ فى كتابه منهاج الوصول إلى علم الأصول. كما اختصر كتاب الأحكام ابن الحاجب المالكى المتوفى

(١) لكن يروى ابن التديم فى الفهرست أن أبا يوسف الحنفى هو أول من جمع هذه المتفرقات، ولكن هذه المجموعة لم تصلنا ولم نقف على أثر لها، راجع لنا مباحث الحكم عند الأصوليين.



سنة ٦٤٦ هـ فى كتابه «منتهى السؤل والامل فى علمى الاصول والجلد» ثم عاد فاختصر هذا المختصر الاخير فى كتاب أسماه «مختصر المنتهى».

ثم جاء بعد ذلك من صنفوا فى علم الاصول جامعين بين طريقتى الاحناف وغيرهم، ومن هؤلاء الساعاتى الحنفى المتوفى سنة ٦٩٤ هـ فى كتابه «بديع النظام الجامع بين كتاب البزدوى والاحكام». وصدر الشريعة عبيد الله بن مسعود الحنفى المتوفى سنة ٧٤٧ هـ فى كتابه «تنقيح الوصول» وقد قام هو بشرحه لشدة تركيزه وأسمى الشرح «التوضيح»، والكمال بن الهمام الحنفى المتوفى سنة ٨٦١ فى كتابه «التقرير والتحبير»، والسبكى الشافعى المتوفى سنة ٧٧١ هـ فى كتابه جمع الجوامع، والشاطبى المالكى المتوفى سنة ٧٨٠ فى كتابه الموافقات.

وهكذا فقد استمر التدوين والتصنيف فى أصول الفقه حتى وقتنا^(١)، كما استمر التدوين فى الفقه أيضا، وتمتاز الكتابة فى عصرنا بالحرص دائما على المقارنة والصياغة بأسلوب يناسب العصر، وبصفة عامة بحسن العرض والتنظيم وإن كان كل ما يكتب مأخوذا من هذا المحيط الزاخر الذى خلفه لنا علماؤنا الأوائل.

وبذا نكون قد انتهينا من القسم الاول فى تاريخ الفقه، وتتبع ذلك بالكلام عن القسم الثانى فى أصول الفقه الإسلامى ومصادره.

(١) راجع لنا المصدر السابق.

القسم الثاني

أصول الفقه الإسلامي ومصادره
ويشتمل على أربعة فصول

الفصل الأول

التعريف بالأصول والمصادر

فقه الفقه الإسلام والقانون

التعريف بأصول الفقه ، علم أصول الفقه^(١) هو القواعد التي يتوصل بها المجتهد إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية . أو هو إدراك القواعد التي يتوصل^(٢) بها إلى استنباط الفقه .

فالأصولى يبحث فى الأدلة الإجمالية ليتوصل إلى القواعد التى تيسر له السبيل إلى فهم الأحكام ومعرفتها من مصادرها الشرعية . فينظر مثلا : فى الأوامر والنواهى الواردة فى القرآن والسنة ، فىرى أنها تدل على الوجوب والحرمه فيضع قاعدة عامة « الأمر يدل على الوجوب ، والنهى يدل على التحريم » وهكذا . ثم يأتى الفقيه ، ووظيفته البحث عن الأحكام الجزئية من ناحية الحل والحرمه ، والصحة والبطالان ، فيستنبط هذا الفقيه أحكام الجزئيات بتطبيق تلك الأحكام عليها .

(١) أصول الفقه : اسم مركب إضافى من كلمتين : فقه وقد عرفناه قبل لغة واصطلاحاً ، وكلمة أصول وهى جمع أصل ، وهو ما يبنى عليه الشئ ، أى أساس الشئ وأصله ، ولذا فإن العلماء حينما أرادوا الاصطلاح على تعريف هذا العلم لاحظوا هذا المعنى اللغوى وأن الأحكام إنما تنفرع عن أدلتها وتبنى عليها إذ هى الأصل .

(٢) سواء أكان طريق التوصل لفظياً ، للتعرف على دلالات الألفاظ الشرعية على معانيها واستنباطها منها ، وطرق التوفيق بينها عند تعارض ظواهر الألفاظ أو اختلاف تاريخ تشريعها أم كان الطريق الذى يتوصل به الفقيه إلى استنباط الأحكام معنوياً كاستخراج العلل من النصوص وتعميمها ، وبيان طرق استخراجها . إلى غير ذلك مما يدرس تفصيلاً فى موضعه فى علم مادة أصول الفقه .

ولم يكن أحد من الصحابة يعتمد في اجتهاده واستنباطه على قواعد مقررة، وإنما كان اعتمادهم - كما أشرنا من قبل - على ما لسوء من روح التشريع في فترة الإحياء ومعرفة أسباب نزول أحكامه والناسخ منها والمنسوخ مما سهل عليهم فهم أسرار التشريع وكون عندهم ذوقا موحدا في تفهم مرامى التشريع الإسلامى ومقاصده.

ولما انقضى عهد الصحابة والصدر الأول من التابعين، واختلط العرب بغيرهم، كان من نتيجة ذلك أن ضعفت اللغة العربية، وجدت حوادث لم يسبق لها مثل، ومع ذلك فقد كانت هناك نزعات مختلفة في مناهج الفقهاء في استنباط الأحكام.

والاجتهاد، وإن كان قد توافر لفقهاء الصدر الأول، فإنه لم يتوافر بهذه السهولة لمن بعدهم، وأنسى لهم ذلك، وقد تطورت الحياة تطورا محسوسا، واختلفت نظرة المجتهدين وتباينت مناهجهم واتسعت هوة الخلاف الفقهي بينهم مما جعلهم في حاجة إلى قواعد منظمة، لطرق استنباط الأحكام، وتفهم النصوص فكان علم أصول الفقه وليد هذه الحاجة.

تأريخه ونشأته : في الواقع أن فكرة اتباع منهج معين في استنباط الأحكام وجدت ملازمة لوجود الفقه، لأنه حيث يكون فقه يكون حتما منهجا للاستنباط، وإن كان هذا المنهج لم يتميز بوضوح ويتخذ قواعد منضبطة في عهد الصحابة والتابعين من بعدهم.

ولما كثرت الفروع وتنوعت الفتاوى والأحكام وظهرت الأئمة وازدهر الفقه، وضحت هذه المناهج وأصبح لها كيان وهيكل عند كل فقيه. فهذا أبو حنيفة له منهج واضح يختلف عن منهج مالك، وكثيرا ما حدثت المناظرات بين الأحناف وغيرهم في بعض المصادر التي تستمد منها الأحكام.

ولما جاء الشافعي لاحظ الموازين التي لاحظها الفقهاء ووازن بينها ونظمها في قواعد محكمة فكان علم أصول الفقه، ثم جاء من بعده من العلماء من عني بهذا العلم وزاد فيه. فكتب الإمام أحمد بن حنبل، وكتب علماء الأحناف والمالكية، غير أن الأحناف انفردوا بمنهج خاص، فإنهم يأخذون القواعد الأصولية من الفروع الثقوية المنقولة عن أئمتهم أما الفقهاء الآخرون فإنهم كانوا يقررون القواعد التي تؤيدها الأدلة من المصادر الشرعية، دون نظر لأحكام الفروع. ثم ظهرت طائفة من الأحناف جمعت بين الطريقتين، ومع هذا فإن الأحناف والمالكية والحنابلة يتفوقون مع الشافعي في الأدلة والمصادر التي قررها وهي القرآن والسنة والإجماع والقياس^(١)، وإن اختلفوا في مسلكتهم في تخريج الأحكام منها، أما فيما عدا ذلك من الأدلة الأصلية فالأخذ بها محل اختلاف بينهم، فالأحناف مثلاً اعتبروا العرف والاستحسان من مصادر التشريع، والمالكية اعتبروا أيضاً عمل أهل المدينة والمصالح المرسلة وسد الذرائع من مصادر التشريع على ما سنبينه.

والإحاطة بهذا العلم تعين على المقارنة بين آراء الفقهاء المجتهدين ومذاهبهم في المسألة الواحدة، إذ المقارنة تتطلب معرفة دليل كل رأي والموازنة بينهما، ولا يكون ذلك مستكملاً إلا بدراسة علم الأصول ومعرفة قواعده. من أجل هذا كان علم الأصول ضرورياً لكل فقيه ومشتغل بالفقه أو متطلع إليه، والضرورة إليه قائمة ما بقي الفقه الإسلامي، وهو باق ما بقيت الحياة. والتفكير في الاستغناء عن دراسته في أي معهد يدرس فيه الفقه الإسلامي تفكير لم يصادفه الصواب، وبعيد عن المصلحة العلمية.

الفرق بين الفقه وقواعده وبين أصول الفقه ،

(١) الفرق بين علمي الفقه والأصول : هو أن الأصول هو المنهاج الذي يبين الطريق الذي يلتزمه الفقيه في استخراج الأحكام من أدلتها، ويرتب الأدلة من حيث قوتها، أما الفقه فهو استخراج الأحكام مع التقيد بهذه المناهج.

(١) وقد عرفت من قبل رأي الأئمة وغيرهم في الإجماع، وعدم إمكان تحقيقه ورأيهم في القياس.

وبينما ينظر علم الفقه في الأحكام العملية، وفي استنباط كل حكم من دليله التفصيلي إذ بنا نرى علم الأصول يبين طريق هذا الاستنباط، ويرسم خطته، ويبين لنا مراتب الأدلة، وما يعرض لها من أحوال.

(ب) وكذا فهو يفترق عن القواعد الفقهية إذ هي مجموعة الأحكام المشابهة التي ترجع إلى قياس واحد يجمعها، أو إلى ضابط فقهي يربطها كقاعدة الضمان بالإتلاف والخيارات، ودراسة هذه القواعد في الواقع من دراسة علم الفقه ومرتبة عليه^(١).

مصادر الأحكام في الفقه الإسلامي :

والأحكام الفقهية في الواقع إما أن تكون مستقاة^(٢) من مصدر صريح قطعي الثبوت والدلالة قرآناً أو سنة متواترة، أو تكون مستقاة من غير نص لكن المجتهدين في عصر من العصور أجمعوا عليها.

وهذان النوعان لا يجور مخالفتهما لأنهما ليسا محللاً للاجتهاد على ما سيأتي : وإما أن تكون أحكاماً مستقاة من نصوص ظنية الدلالة، مجال الاجتهاد فيها في حدود فهم المراد من النص، وترجيح أحد معانيه، وإما أن تكون أحكاماً جاءت وليدة استنباط أفراد من المجتهدين حسب ما وصلت إليه عقولهم، وما أحاط بهم من الظروف والملابسات بوسيلة من الوسائل التي أرشد الشرع إلى الاهتداء بها في الاستنباط عند انعدام النص أو الإجماع، والواقع أن أكثر الأحكام الفقهية المدونة جاءت عن هذا الطريق، ولذا فهي أحكام يجور لأهل الاجتهاد مخالفتها واستنباط أحكام غيرها على ما سنبينه.

ومصادر الأحكام منها مصادر أصلية متفق عليها «كتاب الله وسنة رسوله» ومنها مصادر تبعية متفق عليها بين جمهور الفقهاء لا يشذ عنهم إلا نفر يسير «الإجماع والقياس» ومنها ما هو محل اختلاف وجدل بينهم في اعتباره أصلاً ومصدراً، وهي كثيرة تختلف حسب اختلاف المذاهب كالأستحسان،

(١) أصول الفقه للشيخ الإمام أبي زهرة ص ١٠.

(٢) راجع لنا تفصيل الموضوع في مباحث الحكم عند الأصوليين.

والعرف، والمصالح، ومذهب الصحابي، وسد الذرائع، إلى غير ذلك مما سنبينه فيما بعد.

ويمكن أن نرد هذه المصادر كلها إلى مصدرين اثنين : الدين، ويشمل الكتاب والسنة، والفقہ ويشمل الإجماع والقياس - وما يتفرع عليه - وأن كل قاعدة قانونية تؤخذ مباشرة من الكتاب أو السنة يكون مصدرها الفقہ^(١).

والواقع أن جميع المصادر التي تستقى منها أحكام الفقہ الإسلامی ترجع إلى أصل واحد، هو ما جاء عن طريق الوحي.

أما العقل فإنه لا يدل على الأحكام الشرعية، وإنما يدل على انتفاءها عند انتفاء السمع، واعتبار الرأي والاجتهاد أصلاً من أصول الأدلة، ومصدراً تشريعياً فيه شيء من التجور.

ولو نظرنا إلى المصادر من ناحية ظهور الحكم في حقنا، فإننا نجد أنها لا تظهر لنا إلا بقول الرسول عليه السلام، لأننا لا نسمع الكلام من الله تعالى ولا من جبريل، فالكتاب يظهر لنا بقول النبي عليه السلام، وكذلك الحديث والإجماع^(٢)، ومن جهة أخرى فهذه الأدلة كلها إما تقليدية وهي الكتاب والسنة والإجماع^(٣)، ويلحق بها العرف، وشرع من قبلنا، ومذهب الصحابي. لأننا حينما نستند إلى شيء من ذلك لا نبحت عن أصل تكوينه وما بنى عليه، ولكن نستند إليه كدليل أصلي ثابت واجب العمل به والاستدلال بالمتقول لأبد فيه من التدبر بالعقل.

وأما أن تكون الأدلة عقلية : وهي القياس والاستحسان في بعض صوره والمصالح المرسله والذرائع، وهنا لا يكون الاستدلال بها صحيحاً

(١) راجع للدكتور السهوري مذكراته في أصول القوانين لطلبة قسم القضاء الشرعي بكلية الشريعة سنة ٣٤ / ٣٥.

(٢) المستصفى للغزالي ج ١ ص ١٠٠.

(٣) نقصد الإجماع هنا باعتباره دليلاً على حكم لا بالنظر إلى تكوينه.



إلا إذا كان مستندا إلى النقل، إذ العقل المحض لا تدخل له في تشريع الأحكام^(١).

والقرآن نفسه يشير إلى مصادر التشريع : يقول الله^(٢) : ﴿وإن أحكم بينهم بما أنزل الله﴾ ويشير الله إلى أن السنة هي المصدر الثاني في الآية^(٣) : ﴿وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾ كما يشير إلى أن الإجماع مصدر في آية^(٤) : ﴿ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين﴾ ويشير إلى اعتبار الرأي والاجتهاد في آية^(٥) : ﴿... فبشر عبادي الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه﴾ ويشير إلى العرف في آية^(٦) : ﴿خذ العفو وأمر بالعرف﴾ وآية^(٧) : ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾.

وبالجملة فإن كتاب الله هو المصدر الأول، وهو الأساس الذي يرجع إليه نفسه أو ما أحال هو عليه وأرشدنا إليه. فمصادر تشريع الأحكام نصوص تشريعية وردت في القرآن والسنة، ودلائل أخرى أقامها الشارع ليهتدى بها عند تشريع الأحكام حيث لا يوجد نص فيها.

هذا وسأقدم لك هذه المصادر بشيء من البيان سالكا في ترتيبها مسلکا خاصا، سأتكلم أولا عن المصادر النقلية الموحى بها، ثم المصادر النقلية التي جاءت من غير طريق الوحي، ثم المصادر العقلية.

- | | |
|---------------------------------|-------------------------------|
| (١) الموافقات للشاطبي ج ٣ ص ٤١. | (٢) سورة المائدة ج ٦ / ٤٩. |
| (٢) سورة الحشر ج ٢٨ / ٧. | (٤) سورة النساء ج ٥ / ١١٥. |
| (٥) سورة النساء ج ٥ / ١٠٥. | (٦) سورة الزمر ج ٢٣ / ١٧، ١٨. |
| (٧) سورة الأعراف ج ٩ / ١٩٩. | (٨) سورة البقرة ج ٢ / ٢٣٢. |

الفصل الثاني

المصادر النقلية الموحدة بها

كتاب الله * سنة رسوله * شريع من قبلنا

المبحث الأول

كتاب الله «القرآن»

هو سر السماء ونور الله في أفق الدنيا حتى تزول، ومعنى الخلود في دولة الأرض إلى أن تدول^(١): «ذلك الكتاب لا ريب فيه هدى للمتقين»^(٢) كتاب أحكمت آياته أوحى به إلى الرسول بلسان عربي مبين ليشر به المتقين وينذر به قوما لدا. ويسمى بالقرآن^(٣) يقول الله تعالى: «لولا نزل عليه القرآن جملة واحدة كذلك لثبت به فؤادك»^(٤) ويطلق عليه الفرقان لأنه يفرق بين الحق والباطل: «تبارك الذي نزل الفرقان على عبده ليكون للعالمين نذيرا»^(٥)، نزل على محمد الأمي، قبله لقومه وللناس جميعا، وتحدى البلغاء والشعراء على أن يأتوا بمثله، وطال زمن التحدى فلم يجترئوا على ذلك أو شيء منه «وإن كنتم في ريب مما نزلنا على عبدنا فأتوا بسورة من مثله

(١) إعجاز القرآن للرافعي ج ٢ ص ١٢.

(٢) سورة البقرة ج ١ آية ٢.

(٣) القرآن في اللغة مصدر بمعنى القراءة، غلب في العرف العام على المجموع المعين من كلام الله المقروء على ألسنة العباد، وهو في هذا المعنى أشهر من لفظ الكتاب وأظهر إذ الكتاب استعمل في سائر الكتب الإلهية وغيرها، والاسم منه قارئ وجمعه قراء وقراءون والقراء حسن القراءة، وتقرأ: تفقه، راجع التلويح وشرح التوضيح ج ١ ص ١٣٥، شرح المنار لابن ملك ص ٣٦، القاموس ج ١ باب الهمزة فصل القاف.

(٤) سورة الفرقان آية ٣٢ ج ١٩.

(٥) أول الفرقان ج ١٨.

وادعوا شهداءكم من دون الله إن كنتم صادقين ﴿١﴾ فإن لم تفعلوا ولن تفعلوا... ﴿٢﴾، «قل لئن اجتمعت الإنس والجن على أن يأتوا بمثل هذا القرآن لا يأتون بمثله ولو كان بعضهم لبعض ظهيراً».

ويعرفه الأصوليون بأنه اللفظ العربي المنزل على محمد ﷺ، المنقول إلينا بالتواتر المبدوء بسورة الفاتحة^(١) والمختوم بسورة الناس، والمجموع بين دفتي المصحف. أوحى به إلى الرسول باللفظ والمعنى ليحفظه ويبلغه للناس كما أنزل إليه : «يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك وإن لم تفعل فما بلغت رسالته»^(٢).

والله تعالى قادر على أن يخلق لمن يشاء من عباده علماً ضرورياً بكلامه، من غير توسط حرف وصوت ودلالة، فكلام الله يختلف عن كلامنا من عدة وجوه : «ليس كمثله شيء وهو السميع البصير»^(٣)، وهو قائم بذات الله تعالى وصفة قديمة من صفاته^(٤).

ثم إن الأصوليين يطلقون القرآن على كل جزء منه كما يطلقونه على مجموع ما بين دفتي المصحف، لأنهم يبحثون عنه من حيث إنه دليل على الحكم وذلك آية آية لا مجموع القرآن^(٥).

ترجمة القرآن : وما دمتنا قد عرفنا القرآن على أنه اسم للنظم والمعنى فإنك مدرك أن ترجمة القرآن لا يصدق عليها هذا التعريف، فلا تعتبر قرآناً وإنما

(١) والبسلة آية من آيات القرآن، يقول الله تعالى في سورة النمل : «إنه من سليمان وإنه بسم الله الرحمن الرحيم» لكن هل هي آية من كل سورة؟ يرى الأحناف أنها آية مستقلة للفصل بين السور لكن الشافعي لا يرى أنها آية في كل سورة. راجع في هذا المستصفي للغزالي ج ١ ص ١٠٢ إلى ١٠٥ وشرح التوضيح ج ١ ص ١٣٩ وسائر كتب الأصول والتفسير.

(٢) سورة المائدة الآية ٦٧ ج ٦.

(٣) سورة الشورى الآية ١١ ج ٣٥.

(٤) والكلام اسم مشترك قد يطلق على الالفاظ الدالة على ما في النفس، وقد يطلق على مدلول العبارة وهي المعاني التي في النفس، وكلام النفس ينقسم إلى خبر واستخبار، وأمر ونهي وتنبيه. راجع المستصفي ج ١ ص ١٠٠. شرح المنار ص ٤٧، والتلويح والتوضيح على التنقيح ج ١ ص ١٣٥ - ١٤٥، مرآة الأصول ص ١٥ وراجع أيضاً من كتب التوحيد المسامرة شرح المسامرة للكامل بن الهمام ج ١ ص ٧٤ / ٨٨ ورسالة الإمام محمد عبده.

(٥) شرح التوضيح على التنقيح ج ٧١ ص ١٣.

هي ترجمة لتفسير له سواء في ذلك الترجمة الحرفية وغيرها، واختلف الفقهاء في جوار الصلاة بالترجمة أو قراءة القرآن بها^(١).

واستدل المجيزون بقوله تعالى : ﴿تبارك الذي أنزل الفرقان على عبده ليكون للعالمين نذيراً﴾^(٢)، ﴿قل الله شهيد بيني وبينكم وأوحى إلى هذا القرآن لأنذركم به﴾^(٣) وغير العرب لا يعقلون الإنذار إلا بترجمة. وعن سلمان الفارسي رضي الله عنه أن قوما من الفرس سألوه أن يكتب لهم شيئاً من القرآن. فكتب لهم فاتحة الكتاب بالفارسية، إلى غير ذلك من الأدلة^(٤).

واستدل الجمهور بأن القرآن هو هذا النظم المعجز، وبالترجمة يزول الإعجاز. ولا خلاف في أن القرآن معجز وليست الترجمة معجزة، ولذا فهي ليست بقرآن، وفي هذا يقول النووي في المجموع : «ترجمة القرآن ليست قرآناً بإجماع المسلمين، ومحاولة التدليل لهذا تكلف، فليس أحد يخالف في أن من تكلم بمعنى القرآن بالهندية لا يكون قرآناً، ومن خالف في هذا كان مراغماً جاحداً»^(٥). وقد كان هذا الموضوع محل بحث كبير، وجدل طال بين العلماء ليس هنا

(١) وقد نسب إلى الإمام أبي حنيفة تهميز الصلاة بما ترجم من القرآن إلى الفارسية، سواء أكان يحسن العربية أم لا، والأصح أنه رجع عن رأيه، وهوى أصحابه جوار الصلاة بقراءة القرآن بالفارسية للعاجز، أما الشافعي ومالك وأحمد وأبو داود وجماهير العلماء فإنهم لا يجيزون قراءة القرآن بغير لسان عربي، سواء في ذلك القادر والعاجز، وسواء أكان ذلك في الصلاة أم غيرها.

(٢) سورة المائدة آية ٤٨.

(٣) سورة الأنعام آية ١٩ - ٧.

(٤) راجع المبسوط للسرخسي ج ١ ص ٣٧، وتبين الحقائق للزليعي ج ١ ص ١١٠، المجموع للنووي ج ٣ ص ٣٨، الموافقات للشاطبي ج ٣ ص ٤٥.

(٥) راجع المجموع للنووي وعليه شرح الوجيز للغزالي ص ٣٧٩ وراجع في ذلك جميع كتب الفقه وكتب أصول الفقه مثل شرح المنار لابن ملك من ص ٤٣/٤٨، والتلويح والتوضيح ج ١ ص ١٥٤ / ٥٩، مرآة الأصول ص ١٩، وفي المستصفى ج ١ ص ١٠٥ «القرآن عربي كله لا عجمية فيه وقال قوم فيه لغة غير العربية واحتجوا بأن الله يقول في سورة النور ﴿الله نور السموات والأرض مثل نوره كمشكاة فيها مصباح...﴾ والمشكاة هندية، ويقول في سورة الكهف : ﴿يحلون فيها من أساور من ذهب ويلبسون ثياباً خضراً من سندس وإستبرق﴾ فالإستبرق فارسية، ويقول في سورة عبس ﴿ولفأكهة وأباً﴾ قال بعضهم الأب ليس من لغة =

محلّه^(١). وإن كنا نشجع ونرحب بتعميم ترجمة تفسير للقرآن منتخب ونشره في كل البقاع.

وعلى هذا فلا يصح الاعتماد على الترجمة في استنباط الأحكام، وما ذلك إلا لأن فهم المراد من الآيات يحتمل الخطأ لمن يعرف العربية ثم نقل ذلك المفهوم إلى لغة أخرى قد يحتمل الخطأ إذ قد يؤدي اللفظ إلى أكثر من معنى واحد. وإن كنا نشجع ونرحب بترجمة تفسير منتخب للقرآن إلى مختلف لغات العالم حتى يتعرف الناس في جميع البقاع ما يقرب إليهم مصدر التشريع^(٢).

نُزُولُهُ مِنْجُمًا وَهَكَمُهُ : نزل القرآن على محمد ﷺ منجما - أى مجزءا - بياناً لحكم أو جواباً لسؤال أو استفتاء في نحو ثلاث وعشرين

= العرب وقد تكلف القاضى إلحاق هذه الكلمات بالعربية وبين أودانها وقال كل كلمة في القرآن استعملها أهل لغة أخرى فيكون أصلها عربيا ونقلها الآخرون، كما غير العبرانيون فقالوا لاهوت وأنكروا أن يكون في القرآن لفظ عجمي.

والذى أراه أن هذه الألفاظ وأمثالها : السجيل، القنطار، الياقوت، والابريق والتور كلها الألفاظ أصلها غير عربى لكن العرب استعملوها وتداولوها بينهم قبل نزول القرآن. فجاء القرآن بهذه الألفاظ، وهى وإن لم تكن عربية الأصل إلا أنها كانت مستعملة عندهم متعارفة والقرآن نزل بما استعمله العرب من الألفاظ.

(١) راجع في ذلك البحث الذى كتبه فضيلة الأستاذ الأكبر المرحوم الشيخ المراهى والمنشور بمجلة الأزهر سنة ١٩٣٥، وما كتبه الأستاذ الجزيرى بعنوان أحسن البيان فى الرد على من منع «ترجمة القرآن» والبحث الذى كتبه الأستاذ فريد وجدى «الأدلة العلمية على جوار ترجمة معانى القرآن» والبحث الذى كتبه الأستاذ مصطفى صبرى شيخ إسلام الدولة العثمانية سابقا بعنوان «ترجمة القرآن» هذا ويحدثنا الأستاذ صبحى محمصانى فى كتابه فلسفة التشريع فى الإسلام من ١١٩، أن هناك عدة تراجم فعلا فقد ترجم إلى اللغة اللاتينية فهناك ترجمة إنجليزية وفرنسية، وهندية، وتركية، وألمانية .. إلخ، وجميعه طبعاً ليس قرآناً وإنما هو ترجمة لتفسير شخصى للقرآن.

(٢) وأنا نحمد للمجلس الأعلى للشئون الإسلامية بمصر اهتمامه بنشر كثير من المعلومات الإسلامية بمختلف اللغات كما نحمد لمجلس الفنون والآداب هذا الانجاء أيضاً، وقد كلفت من قبله بكتابة رسالة للتعريف بالفقه الإسلامى، وبيان تاريخه ومصادره، وقد طبعها المجلس وأصدرها وهو الآن بصدد ترجمتها ونشرها.

سنة^(١)، بين مكة والمدينة. والحكمة فى ذلك أن يحفظه الرسول ويعيه، وهو الأمل الذى لا يقرا ولا يكتب : «وقال الدين كفروا لولا أنزل عليه القرآن جملة واحدة كذلك لنثبت به فؤادك»^(٢)، ومنها أن يكون ذلك أبعث على القبول وعلى فهمه وتعرف أسرارهِ ومراميه، بل وفى نزوله مفرقا رحمة بالناس، إذ لو نزل عليهم دفعة واحدة لشق عليهم ولثقلت تكاليفه خصوصا وأنه فوق أنه دين يتعبد به، فهو تشريع منظم لأحكام الدنيا، ولأنه إذا نزل منجما والرسول يتحدى الكفار بكل نجم فيعجزون عن معارضته زادت قوة قلبه.

وأول ما نزل من القرآن : «اقرأ باسم ربك الذى خلق * خلق الإنسان من علق * اقرأ وربك الأكرم * الذى علم بالقلم * علم الإنسان ما لم يعلم»^(٣)، وقد فوجئ الرسول بنزول الوحى عليه فى ليلة ١٧ رمضان للسنة الحادية والأربعين من ميلاد الرسول، وكان فى غار حراء^(٤).

ثم نزل الوحى بعد انقطاع ثلاث سنوات، بقول الله تعالى : «ياأيها المدثر * قم فأنذر * وربك فكبر * وثيابك فطهر * والرجز فاهجر * ولا تمنن تستكثر * ولربك فاصبر»^(٥) فكان بدء الدعوة، فقال الرسول لزوجه خديجة : «قد مضى عهد الراحة والنوم لقد أمرنى الوحى بأن أنذر الناس».

وأخر ما نزل من آيات الأحكام قوله تعالى : «اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتى ورضيت لكم الإسلام ديناً»^(٦). أما آخر آية نزلت

(١) راجع الإنشقاق للسيوطى ج ١.

(٢) سورة الفرقان آية ٣٢ ج ١٩.

(٣) سورة العلق ج ٣.

(٤) غار حراء : مكان بجبل ثور بالقرب من مكة، وكان الرسول أثر العزلة ومكث يتعبد به نحو ستة أشهر، وكان يبرحه من وقت لآخر، وكان أول ما بدئ به الوحى الرؤيا الصالحة ثم فاجأه الوحى وهو فى سن الحادية والأربعين يوم الاثنين ١٧ من رمضان فارتعدت فرائضه ورجع إلى أهله وقال : رملونى. فزملوه حتى ذهب عنه الروع. ولما عاد إلى الغار وتكرر منه ذلك سمع ذات يوم صوتا من السماء، فأصرع إلى قومه وقال : دثرونى. فدثروه.

(٥) سورة المدثر ج ٢٩.

(٦) سورة المائدة آية ٣ ج ٧.

من القرآن جميعه فهي على الأرجح : «واتقوا يوما ترجعون فيه إلى الله ثم توفى كل نفس ما كسبت وهم لا يظلمون»^(١)، وكان يوم ٩ ذى الحجة من السنة العاشرة للهجرة، أى السنة الثالثة والستين من عمر الرسول، أى أنه نزل جميعه فى ٢٢ سنة وشهرا، و٢٢ يوما.

وقد كان الوحي بمكة يتجه نحو التصريف بالكون وتكوين العقيدة وتقويم الخلق، وكان طابع الآيات المكية القصر والإيجاز ليسهل على السامعين وعيها، وليكون لها من نغم الترتيل ما يجعلها أوقع فى التأثير. ثم انتقل بعد ذلك إلى الناحية التشريعية فى المدينة، وجاء الوحي بالآيات الطوال، إذ أن آيات التفتين تحتاج إلى تعقل وتبصر لاستنباط الأحكام منها فوق ما يلزم من طول فيها لبيان علة الأحكام.

وقد قسم القرآن إلى سور بلغ مجموعها ١١٤ سورة وأن مجموع الآيات ٦٣٤٢ آية، منها ٥٠٠ آية فقط تتعلق بالأحكام العملية، أما الباقي فهو يتعلق بالعقائد والأخلاق، وبذلك ترى أن التكاليف قليلة جدا كما أشرنا من قبل.

وقد نقل إلينا القرآن جميعه بطريق التواتر قراءة وكتابة، من وقت نزوله حتى الآن، فهو يفيد القطع واليقين بصحته دون شك أو خلاف، فيجب العمل بما ورد به ولا يجوز العدول عنه، ويحكم بكفر من أنكر قرآنيته لأنه قطعى الثبوت فهو مصدر الشريعة الأول فى بيان الأحكام لا يؤخذ الحكم من غيره إن كان واضحا فيه، ومع هذا فهو المصدر الأصلى الذى نصب الأمارات للمجتهد وأشار إلى غيره من المصادر التى تليه.

أما من ناحية دلالة على الأحكام فإنها قد تكون قطعية إذا كان اللفظ لا يحتمل إلا معنى واحدا كمدلول لفظ «نصف» فى قوله تعالى : «ولكم نصف ما ترك . . .» وكمدلول لفظ «السدس» فى قوله : «ولأبويه لكل واحد منهما السدس» وهكذا.

(١) سورة البقرة آية ٢٨١ ج ٣.

وقد تكون دلالة اللفظ على الحكم ظنية إذا كان يحتمل أكثر من معنى مثل لفظ (قرء) فى قوله تعالى ﴿ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ فإنها تحتمل معنى الحيفض ومعنى الطهر .

ترتيب آيات القرآن وسوره ، اما وضع الآيات من السور فقد كان بأمر الرسول دون ملاحظة ترتيب النزول أو ترابط الموضوع ، والحكمة فى ذلك أن تكون القضايا مجزأة والمواضيع متداخلة حتى يعد النفوس بما عرض أولا إلى ما يعرض ثانيا ، وهو فى كل عرض يلاحظ ما يقتضيه المقام من مناسبات ، وقد يعرض الموضوع متفرقا لأن طبيعته تقتضى التفريق ولتدخل بين أجزائه بعض آيات الوعظ والإرشاد أو قصص الاولين حتى يكون أدعى إلى القبول والاستمرار فى التلاوة حتى يصل إلى الحكم ، ولكى لا يكون بمثابة مجموعة قانونية يقف القارئ منها عند بغيته وقصده دون نظر إلى شىء آخر .

والقرآن فوق أنه يرشدنا فى دنيانا إلى الأحكام الواجب اتباعها فإنه يتعبد بتلاوته وإيراد الأحكام فيه على هذا الوجه مما تحب القارئ فى التلاوة ، أو على الأقل تدفعه للاستمرار فيها - وعلى كل فقد كان يعرضه جبريل على الرسول على هذا النحو من ترتيب الآيات والسور . يقول مالك رضى الله عنه : «إنما ألف القرآن على ما كانوا يسمعون من النبى» .

أما تقسيمه إلى أجزاء وتقسيم الأجزاء إلى أحزاب ، والأحزاب إلى أرباع ، فإنه يمكن القول بأنه تم فى القرن الرابع الهجرى كما أن الشكل والتنقيط أمران جدا أيضا على ما بيناه قبل عند الكلام عن التدوين .

الأحكام التى تناولها القرآن ، قلنا من قبل أن القرآن جاء بالقواعد الكلية فلم يبين حكم كل جزئية حدثت أو ستحدث ، وبهذا كان صالحا لكل زمان ومكان ، ينطبق على ما كان وما يمكن أن يكون ، وهذا من سر إعجازه ، وإنما جاءت الأحكام فيه غالبا مجملة كى تتسع أحكام الشريعة لجميع حاجات الناس فى مختلف العصور والبقاع بإعمال المجتهدين لعقولهم واستنباطهم الأحكام بعد أن

نصب لهم الامارات، ومع هذا فقد روعى فى آيات الاحكام رفع المشقة عن الناس ومنع الحرج عنهم فلم يكلفهم بما يشق عليهم مشقة تضيق بها صدورهم، بل كان يسرا سهلا لنا ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾^(١)، ﴿وما جعل عليكم فى الدين من حرج﴾^(٢).

والكتاب ينقسم إلى قسمين^(٣) : مجاز وحقيقة، والمجاز ما تجوز به فى اللفظ عن موضعه وهو فى القرآن كثير، وهو زيادة أو تقديم أو تأخير، والحقيقة تنقسم إلى مفصل ومجمل، والمفصل محكم ومنسوخ^(٤)، والمحكم ما لم ينسخ وهو محتمل وغير محتمل إلى غير ذلك، ومحل دراسة هذا علم أصول الفقه.

ومنهج القرآن فى بيان الاحكام متنوع حتى يكون ادعى إلى القبول وأبعث على الامتثال، فله طرق فى بيان أوامره ونواهيه. فقد يكون بصيغة الامر؟ ﴿وقاتلوا فى سبيل الله﴾. أو بالنهى ﴿ولا تقتلوا النفس﴾. وقد يكون بالإخبار بأن الفعل مكتوب أو مفروض ﴿كتب عليكم القتال﴾. ﴿إن الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا﴾ أو بأنه شر أو ليس من البر ﴿ولا يحسبن الذين يبخلون بما آتاهم الله من فضله هو خيرا لهم بل هو شر لهم﴾ ونحوه : ﴿ليس البر أن تولوا وجوهكم قبل المشرق والمغرب ولكن البر من آمن بالله واليوم الآخر﴾.

(١) سورة البقرة الآية ١٨٥ ج ٢.

(٢) سورة الحج الآية ٧٨ ج ١٧.

(٣) وجاء فى مقدمات ابن رشد ج ١ ص ١٥ قيل إن القرآن لا مجاز فيه لأن القرآن حق ومحال أن يكون حقا ما ليس بحقيقة وهو خطأ لأن الحق ليس من الحقيقة بسبيل، إذ الحق ضد الباطل والحقيقة ضد المجاز.

(٤) ونقصد بالمنسوخ هنا ما نسخ حكمه وبقي خطه، وهو فى حق الله بيان لانتهاه الحكم الأول وليس فيه معنى التبديل، وفى حقنا تبديل لزوال ما كان ظاهرا الثبوت وإحلال شيء آخر محله، وفى المنار ٧٠٩ وهو جائز عندنا خلافا لليهود وبعض الروافض راجع ذلك فى الاحكام للامدى ج ٣ ص ٣٠٥ وسائر كتب التفسير فى الجزء الأول عند تفسير قول الله تعالى ﴿ما ننسخ من آية أو ننسها﴾ من سورة البقرة. وراجع ما قلناه ذا ص ١٩.

أو يبينه لنا بذكر ما يترتب عليه من خير أو شر ومن نفع أو ضرر، إلى غير ذلك من الأساليب التي موضعها دراسة بلاغة القرآن.

هذا ما نكتفى بتقديمه هنا عن القرآن الكريم، الكتاب المفتوح والمنهل المورود للإنسانية رغم تباعد العصور وتناثر الأقطار واختلاف الأجناس وتفاوت المشارب والتزعجات، كتاب يهدي إلى الحق ويشبع رغبة كل طالب له «ولقد يسرنا القرآن للذكر فهل من مدكر».



المبحث الثاني

السنة

يطلق علماء اللغة كلمة سنة ويريدون بها الطريقة. ومن هذا قوله ﷺ :
«من سن سن حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها إلى يوم القيامة» ويراد بالسنة
هنا ما أثر عن النبي ﷺ.

وتكون قولية وهي الأحاديث التي تلفظ بها الرسول كقوله ﷺ : «لا بيع
أحدكم على بيع أخيه ولا يخطب على خطبته إلا أن يأذن له» وقوله : «إنما
الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى» وقوله : «من نفّس عن مؤمن كربة من
كرب الدنيا نفّس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة، ومن يسر على معسر
يسر الله عليه في الدنيا والآخرة. والله في عون العبد ما دام العبد في عون أخيه،
ومن سلك طريقا يلتمس فيه علما سهل الله به طريقا إلى الجنة».

وتكون السنة فعلية، وهي ما صدر عن الرسول من أفعال يقصد بها
التشريع، مثل وضوئه وصلاته وحجه وقطعه يد السارق اليمنى، ومثل ما روى أنه
عليه السلام : حجر على معاذ ماله وباعه في دين كان عليه.

وقد تكون تقريرية وهي أن يسكت النبي عن إنكار فعل أو قول صدر في
حضوره أو في غيبته وعلم به، مثل ما روى : أن النبي ﷺ قدم المدينة وأهلها
يسلفون في الثمار السنة والستين والرطب ينقطع، فأقرهم على ذلك. مجمع
عليه. ومنه إقراره لمعاذ على ما قاله من أنه يجتهد برأيه إذا لم يجد في كتاب الله أو
سنة رسوله.

ولا يعد من سنته أنه كان يأكل أو ينام إلى غير ذلك من الأعمال التي تخصه
ولا يشاركه فيها الغير، وإن اعتبر من السنة ما يتعلق بها من أوصاف وطرق،
وقصرها البعض على ما كان مصدره الوحي أو النظر فيه من غير القرآن مبينة له
ومظهرة.

والسنة القولية وتسمى الحديث ينزل به الوحي لكن لا باللفظ والمعنى كما في القرآن وإنما بالمعنى فقط، ويعبر عنها الرسول بلفظ من عنده، والفعلية تكون بعمل الرسول بعد تفكير واجتهاد ويتبعها المسلمون والسنة التقريرية ما تكون تقريراً لاجتهاد أصحابه، أو تقريراً لوضع عليه الناس، والرسول في كل هذا لا ينطق عن الهوى ﴿إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَى﴾

حجيتها **هذه التشريعات ومنزلتها من القرآن** : السنة هي المصدر الثاني للتشريع، وهي واجبة الاتباع في جميع المذاهب الإسلامية^(١)، وقد أمرنا الله بطاعة الرسول واتباعه: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾^(٢)، كما دل على حجيتها ومنزلتها من الكتاب قوله ﷺ في حجة الوداع: «تركت فيكم أمرين لن تضلوا بعدهما أبدا كتاب الله وسنة نبيه». وإقراره لمعاذ بن جبل لما قال «أقضى بكتاب الله فلن لم أجد فبسته رسوله...» كما أن الصحابة أجمعوا على وجوب اتباع سنن الرسول في حياته وبعد مماته.

ولما تأخرت مرتبتها عن القرآن لأن القرآن مقطوع بتبليغه لنا جملة وتفصيلاً بينما السنة مقطوع بصدورها عنه جملة لا تفصيلاً، وعلى هذا إذا تعارض الكتاب والسنة وفق بينهما إن أمكن وإلا قدم الكتاب.

ونحن إذ نتمسك بالسنة ونعمل بها إنما نتمسك بكتاب الله ونعمل به؛ لأننا مبينة له ومفسرة. قيل لأحد الصحابة: «لا تحدثونا إلا بالقرآن» فقال: «والله لا نبغى بالقرآن بدلاً ولكن نريد من أعلم منا به» وقد روى عن حسان بن عطية أنه قال: «كان الوحي ينزل ويحضره جبريل بالسنة التي تفسر ذلك».

ولذا نجد كل فرع فقهي له دليله منها حتى أن بعض رجال الحديث بوبوا الحديث على أبواب الفقه ليسهل استخراج الدليل من الكتاب، وما يوضحه من السنة فهي مبنية للمجمل منه، ومع هذا فقد ثبت بها أحكام غير منصوص عليها في القرآن مثل الأحاديث الواردة بمشروعية الشفعة وخيار الشرط وقاعدة لا ضرر ولا ضرار، وكل ذي ناب من السباع ومخلب من الطير إلى غير ذلك.

(١) إلا طائفة قليلة ردت الأخبار كلها، راجع الام للشافعي ج ٧ ص ٥، وفقه الكتاب والسنة للأستاذ الأكبر الشيخ حس مأمون شيخ الأهر

(٢) سورة الحشر الآية ٧ ج ٢٨



أقسام السنة من ناحية روايتها وتفاوت الفقهاء في الأخذ بها ،

ما روى عن الرسول إما أن يكون مسندا أو مرسلا، أو بمعنى آخر إما أن يكون متصلا في روايته أو منقطعا.

أولا : المسند - المتصل - وهذا إما أن يكون :

١ - متواترا : أى تواترت روايته جماعة عن جماعة^(١) يؤمن تواطؤهم على الكذب من زمن الرسول حتى تدوينه، وهذا يفيد اليقين، وهو حجة فيما ورد فيه، والأخذ به محل اتفاق الفقهاء، وهذا النوع هو الكثير فى السنن الفعلية لاطلاع جمهور المسلمين على أفعاله المتكررة، كالوضوء والصلاة والحج وتناقلهم لها جيلا بعد جيل، أما السنة القولية (الحديث) فالتواتر فيها قليل جدا على الراجح^(٢)، ومن هذا قوله عليه السلام : «من كذب على متعمدا فليتبوأ مقعده من النار».

ولا يمنع من التواتر اختلاف اللفظ بين الروايات ما دام المعنى لا يختلف فيها جميعها، ويسمى هذا بتواتر المعنى، ويسمى الذى اتفقت رواياته من ناحية اللفظ والمعنى بمتواتر اللفظ.

والتواتر بنوعيه يفيد اليقين ويعتبر قطعى الثبوت فيجب العمل به ويكفر جاحده.

٢ - وإما أن يكون مشهورا : وهو ما رواه عن الرسول عدد من الصحابة لا يبلغ حد التواتر واحدا كان أم أكثر، بحيث لا يمتنع عادة تواطؤ أفراد هذا الجمع على الكذب، ثم يرويه بعد ذلك جمع من جموع التواتر فى العصر الثانى حتى عصر التدوين مثل ما رواه عمر بن الخطاب ثم نقله عنه جمع متواتر : «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى» فالسنة المشهورة لا يتوافر فيها التواتر فى الطبقة الأولى.

(١) لا يشترط فى الجمع عدد معين على الراجح، وإنما يترك تقديره للعقل.

(٢) وبعض العلماء أنكروا وجود الحديث المتواتر.

والمسند المشهور مصدر تشريعي، وهو إن لم يفد اليقين فإنه يفيد طمأنينة قوية، لذا فإنهم أجاروا أن يقيدوا به مطلق الكتاب مثل قوله تعالى : ﴿من بعد وصية . . .﴾ فقد جاءت الوصية غير مقيدة بمقدار معين، ولكن يقدرها الفقهاء بما روته السنة «الثلاث والثلث كثير» وكذلك فإن الآية جاءت عامة ﴿من بعد وصية . . .﴾ تفيد جوار الوصية لكل شخص حتى الوارث. فنخصص بعض الفقهاء صحتها بغير الوارث، وبعضهم خصص نفاذها بغير الوارث مستندين إلى حديث «لا وصية لوارث». وكلا الحديثين مشهور.

٣- وإما أن يكون خبر آحاد: وهو ما لم يبلغ حد التواتر أو الشهرة سواء رواه عن الرسول واحد أو أكثر من واحد بحيث لا يبلغ حد التواتر، وكذا يروى في العصر الثاني فيرويه عن الصحابي واحد أو أكثر مما لا يصل إلى حد التواتر وهكذا في العصر الثالث «تابعى التابعين» وفي الواقع أن معظم السنة من هذا القبيل.

وهذا النوع لا يفيد اليقين ولا العلم، وإنما يفيد الظن. ويتفاوت الفقهاء في الأخذ به، ووضعوا لذلك شروطا.

فالأحناف اشترطوا للأخذ به :

١ - ألا يخالف راويه العمل به.

٢ - أن يكون الحديث في غير ما تعم فيه البلوى ويتكرر وقوعه لأن مثله يكون مشهورا متعارفا.

٣ - أن يكون موافقا للقياس والأصول الشرعية وإلا فإنهم يردونه قياسا على الشهادة التي لا تقبل أحادية في الأصل.

أما مالك فإنه اشترط للأخذ بخبر الآحاد أن يكون موافقا لعمل أهل المدينة، وخالف أكثر الفقهاء مالكا في هذا.

واشترط الشافعي كما قدمنا أن يكون السند صحيحا، والحديث متصلا والمحدث ثقة معروفا بالصدق عاقلا لما يحدث به كما سمعه بلفظه

فلم يأخذ الحديث المرسل الذي سقط من سنده الصحابي إلا إذا كان راويه هو سعيد بن المسيب لشدة تثبته من الأحاديث المرسلة والتأكد من أنها متصلة.

ولم يشترط الظاهرية ولا أحمد بن حنبل في إحدى روايتين عنه شيئاً من ذلك لأن النبي ﷺ إذا ما أراد أن يفتى أو يحكم في مسألة لم يكن يدعو لذلك جميع أهل المدينة ولا جميع الصحابة، وروى عن أحمد أنه اشترط صحة السند والاتصال للأخذ بالحديث فهو بهذا يوافق الشافعي غير أنه أخذ بالمرسل فيكون موافقاً للأحناف والمالكية في هذا.

وعلى كل^١ فالفقهاء متفاوتون في الأخذ به، فمنهم من احتاط وحكم القواعد العامة المرعية في التشريع ورد مخالفها من ذلك، ومنهم من كان احتياطه في عدم التهجم على الحديث بمجرد مخالفته للأصول العامة، وعلى كل فجمهور الفقهاء على أن خبر الواحد العدل الثقة يفيد العلم، ويعمل به إذا احتفت به القرائن^(١).

أما المرسل : فهو عند الفقهاء والأصوليين وجماعة من المحدثين ما انقطع إسناده على أى وجه كان انقطاعه، فهو عندهم بمعنى المنقطع لا فرق، وقال جماعة من المحدثين أو أكثرهم لا يسمى الحديث مرسلًا إلا ما أخبر فيه التابعي عن رسول الله فلا يعتبر حديث الصحابي مرسلًا رغم سقوط أحد رواته عن الرسول.

وعلى كل^٢ فالفقهاء يتفقون على العمل بمرسل الصحابي، أما ما عدا مراسيل الصحابة فالشافعي لا يحتج بها إلا إذا انضم إلى المرسل ما يعضده ويقويه، كأن يروى نفس الحديث مرسلًا من طريق آخر، أو يروى مسندًا من طريق آخر، أو يكون قد عمل به بعض الصحابة، ومع هذا فالشافعي يحتج بمراسيل سعيد بن المسيب لأنه تتبع أحاديثه المرسلة كلها فوجدتها

(١) الرسالة للشافعي ص ٩٨، الأحكام للأمدى ج ١ ص ١٦١، الأحكام لابن حزم ج ١ ص

متصلة، ولأنه كان لا يروى إلا عن ثقة، وجمهور الفقهاء «الأحناف والمالكية والحنابلة» يحتجون بالمراسيل^(١).

هذا والسنة بوجه عام من ناحية دلالتها على الأحكام إما أن تكون دلالتها قطعية إذا كان اللفظ لا يحتمل تأويلاً مثل ما روى عنه من أنه قال في ميراث الجدة: «أطعموا الجدات السدس» فالسدس لا يحتمل التأويل.

وقد تكون دلالة السنة على الحكم ظنية، وهذا إذا كان اللفظ يحتمل أكثر من معنى كقول الرسول: «لا نكاح إلا بولي» فهو يحتمل أنه لا نكاح صحيح أو كامل وعلى هذا فهل الولي شرط صحة أم لا^(٢).

وعلى كل فقد كان الخلاف في مصطلح الحديث سبباً في اختلاف الفقهاء في أحكام الفروع والفتوى، ومن ناحية أخرى فإن علماء مصطلح الحديث لم يأخذوا بالأحاديث على علاتها، وإنما وضعوا قواعد وموازين دقيقة لتقد الرواة وتحرى الإسناد والضبط والعدالة مما يجعل الحديث الصحيح من غيره واضحاً بيناً، ومما يجعل الأخذ بالحديث وإسناد الحكم إليه مطمئناً.

الأحكام التي جاءت بها السنة، والسنة قد تكون مؤكدة لما في القرآن وهذا النوع كثير جداً، وقد تكون مفسرة له وهذه إما أن تكون مبينة لمجمل الكتاب والأحاديث التي بينت مواقيت الصلاة وعدد ركعاتها ومقدار نصاب الزكاة وشعائر الحج وغير ذلك، وإما أن تكون مقيدة لمطلقه أو مخصصة لعامه كما قدمنا.

وقد تكون السنة مكملة أى أتت بحكم مسألة سكت عن حكمها القرآن مثل حديث: «أطعموا الجدات السدس» وكأحاديث الشفعة، وعلى كل فمما جاء به هذا النوع من زيادة لا تخرج عن قواعد القرآن الأساسية.

(١) صحيح مسلم ج ١ ص ٣ وراجع تفصيل ذلك في كتب أصول الفقه.

(٢) راجع لنا الزواج والفرقة وأثارهما في الفقه الإسلامى مطبعة مصر بالخرطوم جمهورية السودان.

وبالجملة فيمكن القول بأن السنة ترجع إلى القرآن، لأنها إما تفريع على أصل قرآني أو شرح لقاعدة كلية فيه أو بسط لحكم مجمل، وإما أن تضع لنا قاعدة عامة مستمدة من وقائع جزئية ووقائع كلية في القرآن^(١).

كانت هذه هي مصادر التشريع الإسلامي في عهد الرسول وهي - كما علمت - مصادر مستقلة بذاتها في التشريع، أما اجتهد الرسول وأصحابه في عهده فقد سبق الكلام عنه، وبانتقال الرسول إلى دار البقاء انقضى عهد التشريع، إذ تمت شريعة الله ووضعت كلياتها عند نزول الوحي بقول الله تعالى: ﴿أكملت لكم دينكم﴾.

(١) راجع هذا في الموافقات للشاطبي ج ٣ ص ١٦، ج ٤ ص ٤٧.

المبحث الثالث

شرح من قبلنا

قد شرع الله قبل شريعة الإسلام شرائع أخرى تناولت أحكاما جاء ذكر بعضها في القرآن والسنة^(١).

منها ما نسخته^(٢) شريعتنا وأبطلت حكمه، مثل قوله تعالى : ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِيمَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَنْزِيرٍ فَإِنَّهُ فَسَقٌ أَوْ رَجَسٌ أَهْلٌ لِّغَيْرِ اللَّهِ بِهِ، فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلْيَنْ رِبْكَ هَفُورٌ رَحِيمٌ * وَعَلَى الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا كُلَّ ذِي ظُفُرٍ وَمِنَ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ شَحُومَهُمَا إِلَّا مَا حَمَلَتْ ظُهُورُهُمَا أَوْ الْحَوَايَا أَوْ مَا اخْتَلَطَ بِعَظْمٍ^(٣) . . .﴾ فبعد أن بين ما حرّمه الله على الأمة الإسلامية قص علينا ما كان قد حرّمه على اليهود جزاء بغيهم، ومن هذا قوله عليه السلام : «أحلت لى الغنائم وما أحلت لأحد من قبلى» فهو يدل على أن أخذ الغنائم كان محرّما فى الماضى على الغانمين ثم نسخ هذا التحريم وأبيح فى شريعتنا.

ومنها ما قصه علينا القرآن والسنة وأمرنا باتّباعه مثل تشريع الصيام لنا، يقول الله تعالى : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الصِّيَامُ كَمَا كُتِبَ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾^(٤). ومثل تشريع الأضحية إذ يقول الرسول : «ضحوا فإنها سنة أبيكم إبراهيم»، فنحن بهذا نكون قد نهينا عن الأول والزمنا بالثانى.

أما ما يرد فى الكتاب والسنة من أحكام فى الشرائع السابقة من غير نهى عنها أو أمر باتّباعها فجمهور الفقهاء على أننا نلتزم بها وتكون شرعا لنا يلزمنا

(١) راجع فواتح الرحموت على المستصفى للغزالي ج ٢ ص ١٨٣ / ١٨٤ .

(٢) النسخ فى اللغة الإزالة، ونسخ الآية بيان انتهاء التبد بقرائها أو بالحكم الاستفادة منها أو بهما جميعا. راجع كتب التفسير وكتب الأصول فى موضوع النسخ، وراجع رسالة الاستاذية للشيخ سيد طه.

(٣) سورة الأنعام الآية ١٤٥، ١٤٦ ج ٦ .

(٤) سورة البقرة ج ٢ / ١٨٣ .

اتباعه، ومن هذا قوله تعالى : «وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص»^(١) فاستدل بها بعض الفقهاء على ثبوت القصاص بين المسلم والذمي وبين الرجل والمرأة. كما استدلوا على جوار القسمة بالمهاياة بقوله تعالى : «ونبئهم أن الماء قسمة بينهم». واستدلوا على جوار الجمالة بقوله تعالى : «ولمن جاء به حمل بعير» كما استدل الاحناف على جوار قتل المسلم بالذمي بأن قول الله تعالى : «وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس» جاء عاما ولم يرد في شرعنا ما ينسخ هذا الحكم أو يغير من عمومه.

واستدل هؤلاء على حجية هذه الأحكام بالنسبة لنا بقول الله تعالى : «إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون الذين أسلموا للذين هادوا» فهي تصرح بأن التوراة يحكم بها النبيون، ولا شك في أن محمدا عليه السلام منهم، كما روى أن النبي رجع إلى التوراة عندما رجم أحد اليهود^(٢).

وقال بعض الشافعية ورواية عن أحمد، وعليه الأشاعرة والمعتزلة أن ذلك لا يكون شرعا لنا لأن الأصل في الشرائع السابقة أنها مخصصة بأمر خاصة بخلاف شريعتنا التي جاءت عامة ناسخة لكل ما تقدمها من الشرائع، فلا تكون الشرائع السابقة شرعا لنا ما لم يوجد في شرعنا ما يدل على المطالبة بها بقول الله : «فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا» كما استدلوا بأن الرسول أقر معاذ بن جبل على أن يأخذ بالاجتهاد إذا لم يجد للمسألة حكما في كتاب الله أو سنة رسوله. ولو كان شرع من قبلنا مصدرا لأحكامنا لما جار العدول عنه إلى الاجتهاد.

والواقع أن النفس تطمئن إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء ما دام الحكم لا يتعارض مع ما فيه صلاح الناس لأن الشرائع السابقة شرائع سماوية ولا نأخذ منها

(١) سورة المائدة آية ٤٠ ج ٦.

(٢) ومن الممكن أن يقال إن الآية والحديث يفيدان صحة الحكم بشريعة من قبلنا إذا اختصموا إلينا ولم يكن في شريعتنا حكم لها.

إلا ما ورد نصه عندنا، أو نقل إلينا على لسان رواة مسلمين عدول ضابطين، ولم يكن هناك في تشريعنا عن حكمه أمر به أو نهى عنه وليس هذا بأقل من قول الصحابي الذي اعتبره البعض مصدرا من مصادر الأحكام^(١).

(١) واختلف العلماء في أن الرسول قبل بعثته كان يتعبد بإحدى الشرائع السابقة؟ فقليل نعم تعبد بشريعة نوح وقليل بشريعة إبراهيم، وقليل موسى، وقليل عيسى، وقليل بأنه لم يتعبد بإحدى الشرائع السابقة إذ لو حدث ذلك لاشتهر وتفاخر به أتباع هذه الشريعة. والواقع أن بعض ما كان يفعله الرسول يتفق مع بعض الشرائع السابقة وهذا وإن كان لا يدل على أنه يدين بها إلا أنه لا ينفي ذلك فلا سبيل إلى القول بوقوع أحد الأمرين.

الفصل الثالث

مصادر نقلية من غير طريق الوحد

الإجماع . قول الصحابة . الخوف

المبحث الأول

الإجماع

الإجماع^(١) : هو اتفاق المجتهدين من الأمة الإسلامية^(٢) في عصر من العصور^(٣) - بعد انقضاء فترة الرسالة - على حكم شرعى، فلا بد لتحقيق الإجماع من أمور :

الأول : أن يجمع المجتهدون^(٤) في الأمة الإسلامية على رأى، وعلى هذا فلو أجمع غير المجتهدين على رأى لا يكون إجماعا، ولو خلا بعض العصور من المجتهدين لم يتحقق الإجماع، وإذا وجد نفر قليل منهم تحقق الإجماع.

الثاني : أن يتفق جميع المجتهدين فلا يشد عنهم أحد؛ لذا فإن عمر منع خروج الصحابة من المدينة. هذا وإن اعتبر رأى الأكثرية حجة، لأنه لا بد أن يكون مستندا لدليل راجع^(٥) إلا أن الحق يحتمل أن يكون بجانب المخالف.

(١) الإجماع فى اللغة بمعنى العزم العام والتصميم على أمر، وهذا بقول الله تعالى : ﴿فاجتمعوا أمركم وشركاءكم﴾ ويطلق بمعنى الاتفاق على أمر . . أيضا.

(٢) ويرى مالك أن الإجماع يتحقق بإجماع فقهاء أهل المدينة فقط لأنها دار الهجرة والصحابة، وأهلها أعلم بالوحي، ويرى داود وشيعته أن الإجماع يتحقق باتفاق مجتهديهم وحدهم. راجع كتب الأصول، ومقدمة ابن رشد ج ١ من ص ٢٥/١٩، والرأى فى الفقه الإسلامى للدكتور مختار القاضى سنة ١٩٤٩.

(٣) ويرى الظاهرى وهو رواية عن أحمد أن الإجماع لا يعتبر إلا من الصحابة دون غيرهم : الإحكام لابن حزم ج ٤ ص ١٤٧ وإعلام الموقعين ج ١ ص ٢٤.

(٤) من شروط المجتهد ألا يكون فاسقا.

(٥) الإحكام للأمدى ج ١ ص ١٢٠.

وهناك من العلماء من يرى أن الإجماع يتحقق باتفاق أكثر المجتهدين حتى لو خالف الأقل منهم.

الثالث : أن يكون ما أجمعوا عليه حكما شرعيا قابلا للاجتihad مثل ما يتعلق بالحل والحرمة والصحة والبطالان، إما إذا كان حكما غير دينى كأمور الحرب أو حكما دينيا غير اجتihadى كأحوال الآخرة مما يعرف بالنقل، أو كان حكما دينيا اجتihadيا لكن ثبت بدليل قطعى الدلالة والثبوت، فإن هذا جميعه ليس محلا للاجتihad.

الرابع : أن يكون الإجماع بعد وفاة الرسول، إذ فى حياته إن وافقهم على ما أجمعوا عليه كان سنة تفررية، وإن خالفهم سقط ما أجمعوا عليه.

إما إذا انقسمت الأمة إلى فرقتين فى عصر من العصور. وأجمع المجتهدون فى إحدى الفرقتين على رأى، وأجمعت الفرقة الثانية على رأى آخر، فهل يعتبر هذا إجماعاً منهم على الرايين بحيث لا يجوز إحداث رأى ثالث، أم لا يعتبر إجماعاً مطلقاً لعدم اتفاق جميع مجتهدى الأمة على رأى واحد؟

فى الواقع أن المسألة خلافية. فأكثر الفقهاء على عدم جواز إحداث رأى ثالث. وبعض الفقهاء أجازوا إحداث رأى آخر إذ لم يعتبروه إجماعاً ملزماً، وهناك من قال ننظر إذا كان رأى الثالث يرفع ما اتفقوا عليه فلا يصح، وإلا فإذا كان العمل بالرأى الثالث لا يرفع ما اتفقوا عليه صح العمل به لأنه لم يخالف إجماعاً بخلاف الحالة الأولى.

فمثلاً توريث الجد مع الإخوة اختلف فيه فقهاء العصر الأول، فقال قول، يرث الجد الجميع ولا شئ للإخوة معه، وقال آخرون : يرث مع الإخوة، فإذا ظهر بعد ذلك قول بأن الإخوة ترث الكل دون الجد، فلا يصح ولا يؤخذ به لأنه خالف إجماعاً سابقاً على توريث الجد، إذ كلا الفريقين يورثه.

ومثال الحالة الثانية التي يجور فيها إحداث رأى : تركة يراد توزيعها بين أب وأم وأحد الزوجين، قال فريق من فقهاء العصر الاول : للام ثلث كل المال، وقال فريق آخر: تأخذ ثلث الباقي، فالقول بعد ذلك بأخذ ثلث جميع المال مع أحد الزوجين وثلث الباقي مع الآخر يصح العمل به، لأنه لا يرفع شيئا مما اتفق عليه ووافق كل فريق فى مسألة^(١).

والإجماع بوجه عام : رأى فريق من أصحاب النظام^(٢) والشيعية أنه لا يمكن تحقيقه لأنه إذا كان لابد فيه من اتفاق جميع مجتهدى الأمة، فإن هذا يستلزم معرفة أشخاص المجتهدين جميعا، ومعرفة رأى كل واحد منهم وهذا متعذر، كما إذا كان أساس الإجماع دليلا قطعيا لأغنانا فى الحجية هذا الدليل عن الإجماع. وإن كان أساسه دليلا ظنيا فلا يمكن تحقيق الإجماع لاختلاف استنباط الناس وفهمهم.

أما جمهور الفقهاء فقالوا أن انعقاد الإجماع ممكن، وتحقيق فعلا، فقد روى أن المجتهدين من الصحابة قد أجمعوا على أحكام كثيرة لإجماعهم على إعطاء الجذات السدس، وإجماعهم على بطلان تزوج المسلمة بغير مسلم، وصحة عقد الزواج دون تسمية صداق، وعلى منع بيع الطعام قبل قبضه، وإجماعهم على خلافة أبى بكر، ومقاتلة جامى الزكاة، وجمع القرآن فى مصحف واحد.

وفى الحق أن الإجماع ممكن فى عصر الصحابة لقلة عددهم دون العصور الأخرى، أما فى عصرنا الحاضر فهو متصور لسهولة الإعلان عن الرأى وسرعة الاتصال.

أنواع الإجماع : والاتفاق قد يكون كلاميا وهو الإجماع القولى، وقد يكون بالعمل وهو الإجماع العملى، ولا يشترط فى شىء من هذا اجتماع المجتهدين فى مجلس واحد، فيصح أن يجتمعوا فى مجلس ويتفقوا على رأى، كما يصح أن تعرض مشكلة على مجتهد فيفتى فيها برأى، ثم تعرض على آخر

(١) راجع المستصفى للغزالي ج ١ ص ١٩٦ وغيره من كتب الأصول.

(٢) هو إبراهيم بن يسار البصرى تولى سنة ٣٣١ هـ وكان رئيسا لبعض طوائف المعتزلة، وهو أول من أنكر حجية الإجماع والقياس.

فيفتى فيها بنفس الرأي، وهكذا حتى يتفق رأيهم جميعا، وقد يكون الإجماع بتكلم البعض أو عمله وسكوت الباقيين على هذا بعد علمهم به، ومضى مدة التأمل بعد الفتوى أو القضاء، وعدم وجود مانع يخيف الساكت من إبداء رأيه على أن يكون السكوت مجردا من علامات الرضا والاستحسان، ولا مصحوبا بما يدل على الكراهية وإلا لكان إجماعا صريحا فى الأول ولما تحقق فى الثانى.

والإجماع السكوتى عند أكثر الحنفية وأحمد بن حنبل إجماع قطعى، وقال المالكية والشافعية أخيرا وأكثر المتكلمين وبعض الحنفية ليس إجماعا ولا حجة^(١).

وأحد الفقهاء فى حجية الإجماع : اتفق جمهور المسلمين^(٢) من الفقهاء على حجية الإجماع غير السكوتى واعتباره دليلا من أدلة الأحكام الشرعية، وعلى أن الحكم المجمع عليه يصير ثابتا قطعيا فلا تجوز مخالفته ولا يصح أن يبقى الموضوع الذى صدر فيه الحكم الجماعى محلا للاجتهاد بعد ذلك.

واستدلوا بقوله تعالى : «ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيرا»^(٣). يقول ابن رشد^(٤) : «لأن الله تعالى توعد باتباع غير سبيل المؤمنين فكان ذلك أمرا واجبا باتباع سبيلهم»^(٥) كما استدلوا بقوله ﷺ : «لا تجتمع أمتى

(١) ومن الفقهاء من قال إنه إجماع قطعى فى الفتيا لا فى القضاء، ومنهم من قال هو إجماع فى القضاء لا فى الفتيا، ومنهم من قال إنه حجة بشرط انقراض أهل العصر الذى ظهر فيه هذا الرأى، لكن الأمدى من الشافعية فى أصوله اختار أنه حجة ظنية، وكذا الكرخى من الحنفية، واستدل كل فريق بأدلة وليس هنا مجال بيانها - راجع الأحكام للأمدى ج ١ ص ١٢٠.

(٢) ولم يخالف فى ذلك سوى النظام وبعض الشيعة، إذ يرون أن الإجماع لا يمكن تحققه خصوصا عند من يرى إجماع كل المجتهدين، ولأن الله تعالى يقول فى سورة النساء : «فإن تنازعتم فى شئ فردوه إلى الله والرسول» فالله جعل المرجع إلى الكتاب والسنة فلا يصح أن يكون الإجماع مرجعا شرعيا، لأن الله لا يأمر برد الأمر المتنازع فيه إلى الأمة.

(٣) سورة النساء الآية ١١٥ ج ٥.

(٤) راجع شرح المنار لابن ملك من ٧٢٢/٧٤٧، والتلويح والتوضيح ج ٢ ص ٣٢٦.

(٥) والاستدلال بهذه الآية فيما يبدو لا يسلم من المناقشة إذ الظاهر من المعنى «أن من يعادى الرسول ولا يتأمره ويسلك سلك غير المؤمنين فى هذا» فاحتمال هذا المعنى وإن لم يكن مقطوعا به إلا أنه لا أقل من أن يسقط الاستدلال بالآية على حجية الإجماع.



على ضلالة. . ويقول: «لا تجتمع أمتي على الخطأ» ويقول: «ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن» وهي أحاديث وإن لم تكن متواترة في مفرداتها إلا أنها كلها متواترة في معنى واحد، والمتواتر المعنوي كالتواتر اللفظي.

البدع عند الإجماع من سنن يستفطون إليه: بعض الفقهاء يتفقون على أن الإجماع لا يتم إلا عن مستند لأن الفتوى من غير مستند تعتبر خطأ ثم يصير الإجماع نفسه دليلا وسندا يحرم مخالفته بعد أن كانت المخالفة للسند جائزة قبل الإجماع.

ومنهم من لا يرى ضرورة لذلك، وأجازوا صدور حكم إجماعي بتوفيق الله لهم لاختيار الصواب، لأنه لو لزم للإجماع، سند لكان السند نفسه هو الحجة ولا فائدة من الإجماع كما أنه قد حدث الإجماع من غير أن يكون له سند، فقد أجمعوا على صحة بيع المعاطاة بلا دليل.

ولا يسلم هذان الدليлан من المناقشة. أما الأول : فقد قلنا أنه بالإجماع صار الإجماع نفسه هو السند وحرمت مخالفته بعد أن كانت مخالفة السند قبل الإجماع جائزة ما دامت دلالة ظنية أو ثبوته ظنيا.

وأما الثاني : فليس هناك دليل على أنه لم يكن هناك مستند للإجماع، ومع هذا فكون بيع التماطى مجمعا عليه محل نظر لمخالفة الشافعي.

والإجماع المستند إلى الكتاب، مثل إجماع الفقهاء على حرمة الزواج بالجدة مستندين إلى قول الله تعالى : «حرمت عليكم أمهاتكم . . .» فقالوا إن المراد تحريم الأصول والجدة أصل كالأم.

والإجماع المستند إلى السنة مثل حكمهم للجدة في الميراث بالسدس، إذ روى أن النبي ﷺ أعطاهما السدس.

والإجماع المستند إلى قياس : قياسهم الخلافة العامة على الإمامة في الصلاة، وإجماعهم على خلافة أبي بكر، يدل على ذلك قولهم : «رضيه النبي

لأمر ديننا أفلا نرضاه لدينا انا» وإجماعهم في زمن عمر على جلد شارب الخمر ثمانين جلدة قياسا على حد القذف، يقول على «إنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افتري، وعلى المفتري ثمانون جلدة»

والفقهاء الذين يرون المصالح المرسله حجة يرون صلاحيتها لأن تكون سندا للإجماع أيضا، وقالوا إن إجماعهم على جمع القرآن في مصحف واحد كان أساسه المصلحة.

والحكم المجمع عليه المبني على المصلحة يتغير تبعا لتغيرها، ولذا فإن سعيد ابن المسيب وغيره أفتوا بجواز تسمير السلع محافظة على أموال الناس ومصالحهم، رغم إجماع الصحابة من قبل على ترك التسميرة^(١).

وامتداد الإجماع إلى القياس أو المصلحة محل خلاف ليس هنا محل تفصيله^(٢).

(١) وقد كان المحتسب في الأندلس يمر بالأسواق ويلزم الناس بوضع أسعار بضائعهم مكتوبة - تاريخ القضاء لمرنوس

(٢) راجع أصول الفقه للمرحوم الأستاذ الحفصري ص ٣٢٦، التوضيح على التنقيح ج ٢ ص ٢٢٩، مرآة الأصول ص ٣٢

المبحث الثاني

قول الصحابي

الصحابي الذي نبحت في حجة قوله هو من آمن برسول الله قبل فتح الحديبية وغزا مع المسلمين غزوة أو أكثر واشتهر بالفقه والفتوى، وتوافرت لديه الملكة الفقهية^(١).

وقول الصحابي كنا نفعل كذا في زمن الرسول عليه السلام أو وهو بيننا أو فينا ونحو ذلك يعتبر في الحقيقة سنة رواها الصحابي.

وقول الصحابي لا يكون حجة ملزمة لصحابي آخر^(٢). وقد روى^(٣) أن خصومة حدثت بين أمير المؤمنين علي بن أبي طالب وبين يهودي على ملكية درع، فاحتكما إلى شريح القاضي، فطلب من علي «المدعى» شاهدين، فاستشهد بمولاه قنبر وابنه الحسن، فقال شريح: أما شهادة مولاك فقد أجزتها لك، وأما شهادة ابنك فلا أجزها، وكان علي وهو من أجل الصحابة يجيز شهادة الابن^(٤).

أما بالنسبة لمن بعدهم: فإذا كان في أمر لا يدرك بالعقل ولا مجال للرأى فيه كان حجة من غير خلاف، لأنه لا بد أن يكون قد سمعه من الرسول. مثل تحديد أقل مدة الحيض، فإنه روى عن عبد الله بن مسعود أن أقل مدة الحيض ثلاثة أيام، فلا مجال للعقل في تحديد هذه المدة، ولا بد أن يكون طريق معرفتها السماع من الرسول.

(١) من الأصوليين من قال إنه من لقي النبي مؤمناً وطالت صحبته به حتى أصبح يطلق عليه اسم الصحاب في عرف الناس.

(٢) الأمدي ج ٤ ص ٢٠١، سبل السلام.

(٣) الموافقات ج ٤ ص ٤٠، فواتح الرحموت على المستصفي ج ٢ ص ١١٨٥ / ١٩٨.

(٤) ومع هذا فقد خضع لرأى القاضي وسلم الدرع لليهودي، مما جعل اليهودي يقول أمير المؤمنين مشى معي للقضاء فقضى عليه القاضي فرضى بحكمه صدق والله إنها درعه، فسلمها إليه وأسلم.

وقول الصحابي الذي لم يعرف له مخالف من الصحابة يحتج به، إذ سكوت الصحابة عليه يعتبر إجماعاً سكوتياً، ولأن قوله في هذه الحالة محمول على السماع من النبي ﷺ، ولأن عدم مخالفتهم له مع قوة وإزعمهم الديني وعدم خشيتهم في الله شيئاً، يقتضي أن ما قاله هذا الصحابي جاء بمقتضى الشرع.

أما إذا كان قولاً صادراً عن رأيه واجتهاده فيما يدرك بالعقل والاجتهاد، وكان موضع خلاف من الصحابة فهذا هو محل خلاف الفقهاء: فذهب قوم إلى حجتيه إن خالف القياس، وذهب آخرون إلى حجتيه في قول أبي بكر وعمر دون غيرهما، أما الشيعة والأشاعرة المعتزلة والشافعي في أحد قوليه وأحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه والكرخي من الأحناف على أنه ليس بحجة، وذهب مالك ابن أنس وبعض الأحناف والشافعي في قول له وأحمد بن حنبل في رواية له أنه حجة مقدمة على القياس، واختار الأمدى أنه ليس بحجة^(١).

واستدل نفاة الحجية من الشيعة بأن المصادر بعد الكتاب والسنة ما يقوله أئمتهم المعصومون، والصحابة غير معصومين، ويعلل الغزالي في المستصفى^(٢) بقوله: «... ليس بحجة لانتفاء الدليل على العصمة ووقع الاختلاف بينهم وتصريحهم بجواز مخالفتهم، ففي هذا ثلاثة أدلة قاطعة على جواز مخالفة الصحابي» كما يعلل الشوكاني ذلك بقوله^(٣): «والحق أنه ليس بحجة فلإن الله سبحانه لم يبعث إلى هذه الأمة إلا نبينا محمداً عليه السلام، وليس لنا إلا رسول واحد وجميع الأئمة مأمورة باتباع كتابه وسنة نبيه ولا فرق بين الصحابة ومن بعدهم في ذلك...».

(١) الأحكام ج ٤ ص ٢٠١.

(٢) المستصفى ج ١ ص ٢٦٠ ويقول: «وقد ذهب قوم إلى أن مذهب الصحابي حجة مطلقاً، وقوم إلى أنه حجة إن خالف القياس، وقوم إلى أن الحجة في قول أبي بكر وعمر خاصة وقوم إلى أن الحجة في قول الخلفاء إذا اتفقوا، والكل باطل عندنا».

(٣) إرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٢٦.

واستدل القائلون بالحجية وهم أئمة الحنفية ومذهب مالك وقول لأحمد ورواية عن الشافعي ^(١) أنهم أقرب إلى فهم روح الشريعة ومراميها، فإدراكهم لأحكام الشريعة أكثر من إدراك غيرهم، ويكون كلامهم أحق بالاتباع، كما أنه من الجائز أن يكون ذلك الحكم سمعه الصحابي من الرسول ولم يسنده إليه مخافة الخطأ، حتى إذا كان أساس رأيهم القياس فقياسهم أصدق وأحوط من قياس غيرهم، ويستدلون على حجية قول الصحابي أيضا بقول الله تعالى : «وَالسَّابِقُونَ السَّابِقُونَ مِنَ الْمُهَاجِرِينَ وَالْأَنْصَارِ وَالَّذِينَ اتَّبَعُوهُمْ بِإِحْسَانٍ». فاستدل بها مالك، ووجه الاستدلال أن الله تعالى أثنى عليهم وعلى من اتبعهم، كما استدلوا أيضا بقول الله تعالى : «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَكُونُوا مَعَ الصَّادِقِينَ» فقد قال ابن عباس : الصادقون هم أصحاب محمد.

وقد وردت أحاديث كثيرة تفيد حجية أقوال الصحابة منها ما رواه الترمذي أن الرسول قال : «عليكم بالسمع والطاعة وإن تأمر عليكم عبد حبشي كأن رأسه ربيبة، وعليكم بستی وسنة الخلفاء الراشدين من بعدى، تمسكوا بها وعضوا عليها بالنواجذ، وإياكم ومحدثات الأمور فإن كل محدثة بدعة وكل بدعة ضلالة».

وقد أيد ابن القيم ^(٢) القول بتأييد حجية قول الصحابي وأفاض فى سرد الأدلة وبين آراء الأئمة وأوضح أن مرتبة قول الصحابي متأخرة عن الإجماع.

ونستطيع القول بأن مالكا وأحمد بن حنبل أكثر من الاعتماد على قول الصحابي حتى أنه عد ركنًا من أركان اجتهادهما، وهو مصدر للفقهاء عندهما بعد الإجماع ومقدم على القياس لأنه شعبة من شعب السنة يحتمل وقوع التعارض بينه وبين خبر الآحاد، ويرجع أحدهما على الآخر بوسيلة من وسائل الترجيح.

(١) وعن الشافعي فى مذهبه الجديد ينسب إليه أنه قال : «لا يقلد المجتهد صحابيا» جاء ذلك فى حاشية المطار على جمع الجوامع ج ٢ ص ٢١، وما نقله فخر الإسلام البزدوى ص ٩٢٧ يفيد أن هذا محل خلاف وتفصيل فى المذهب الحنفى.

(٢) إعلام الموقعين ج ٤ ص ١٢٠، وراجع أيضا الموافقات للشطرنجى ج ٤ ص ٤١.

أما عند الأحناف والشافعية فإنهم عندما يأخذون بقول الصحابي إنما يأخذون به على أنه تقليد واتباع للصحابي، وعلى أن اجتهد الصحابي أقرب إلى الصواب من غيره ولا يعمل به إلا إذا افتقد النص.

ويقول أبو حنيفة: «إن لم يكن من كتاب الله أو السنة صرنا إلى أقاويل الصحابة أو واحد منهم» ودراستنا في الواقع لا تتسع لتفصيل القول فيه، وإنما موضعه أصول الفقه.

المبحث الثالث

العرف

العرف والعادة هما بمعنى واحد^(١)، يقول الغزالى فى المستصفى :
«العادة والعرف ما استقر فى النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة من
أهل قطر إسلامى بشرط ألا يخالف نصا شرعيا» فالغزالى جعل العادة مرادفة
للعرف.

غير أن أمير حاج يرى أن العادة هى الأمر المتكرر من غير علاقة
عقلية، والأمر شامل للأقوال والأفعال، وعلى هذا فباب العادة واسع يشمل
كل متكرر من الأقوال والأفعال سواء أكان صادرا عن الفرد أو الجماعة.
وسواء أكان مصدره أمرا طبيعيا كحرارة الإقليم وبرودته التى تحمل البلوغ
عادة مبكرا أم كان مصدره العقل، وتلقى الطباع له بالقبول، وهو العرف. أم
كان مصدره الأهواء والشهوات كالفسق وشهادة الزور مما يسميه الفقهاء فساد
الزمان.

لكن الكمال بن الهمام^(٢) قصر العادة على نوع من العرف وهو العرف
العملى فقط، وسنسير هنا على ما قاله الغزالى فى المستصفى من أنهما مترادفان
وعلى هذا نستطيع القول بأن العرف هو ما اعتاده الناس والفوه، فعلا كان أو
قولا دون معارضة لنص.

والعرف قولى، كتقييد لفظ دابة بذوات الأربع، كالفرس والبقرة، مع أن
الأصل اللغوى لها أنها وضعت لكل ما يدب على الأرض، وإطلاق لفظ ولد على

(١) راجع رسالة نشر العرف لابن عابدين. وراجع الراى فى الفقه الإسلامى للدكتور
مختار القاضى ص ٢٢٧، الموافقات للشاطبى ج ٢ ١٧٩ - / ١٩٩، المستصفى ج ١ ص
٢١٧، والعرف والعادة فى رأى الفقهاء للأستاذ أحمد فهمى أبو سنة، مطبعة الأزهر سنة
١٩٤٩.

(٢) فى شرح التحرير ج ٢ ص من ٣٦٩

الذكر دون الأنثى مع أن الأصل للغيرى يفيد شموله لهما، يقول الله : ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد﴾ أى عند انعدام الأولاد ذكورا كانوا أو إناثا، وعدم إطلاق لفظ لحم على السمك مع أن القرآن سماه لحما يقول الله^(١): ﴿هذا حذب فوات سائغ شرابه وهذا ملح أجاج ومن كل تأكلون لحما طيبا...﴾ .

ويكون العرف عمليا، وهو ما جرى عليه عمل الناس فى حياتهم وتعارفهم فى تعاملاتهم وتصرفاتهم.

والعرف قد يكون عرفا عاما، وذلك مثل تعارف الناس على بيع التعاطى وعلى عقود الاستصناع والجلوس فى المقاهى والأندية دون تحديد مدة للبقاء، وتعارف الناس على أن يكون وليمة عقد الزواج عند الزوجة، ووليمة الزفاف عند الزوج، ومنه إطلاق كلمة فقيه على قارئ القرآن. وقد يكون خاصا بإقليم كتعارف أهل القاهرة على أن تكون ثمن المياه فى المساكن على حساب المالك، وتعارف السكندريين على أن يكون ذلك على حساب الساكن ما لم ينص على خلاف ذلك عند التعاقد فى كل، ومن ذلك ما يتعارف عليه أهل الصناعات والحرف ومنه تعارف الناس والعلماء فى زماننا على إطلاق كلمة فقيه على من عنده علم بأحكام الفقه عن طريق قراءتها فى الكتب، والإطلاع عليها مع أن أصل الفقيه من له ملكة استنباط الأحكام الفقهية.

متى يصلح العرف لبناء الحكم : يشترط فى العرف ليينى عليه الحكم أن يكون مطردا أو غالبا^(٢)، وألا يكون العرف مخالفا لما اشترطه أحد المتعاقدين عند التعاقد، وأن يكون العرف سابقا ومقارنا لزمان التعاقد، وألا يخالف نصا من الكتاب أو السنة، لأن النص الشرعى حجة على العامة بخلاف العرف. فحجته إنما هى على من تعارفوا عليه فقط.

(١) سورة فاطر.

(٢) راجع الأشباه والنظائر لابن نجيم، وبذا لمجد الإجماع يبين العرف من ناحية أن العرف يتحقق باعتبار أغلب الناس لا مراً لا يمارض نصا، والإجماع لا يتحقق إلا باتفاق جميع المجتهدين، كما أن الإجماع قاصر على المجتهدين فقط بينما العرف يكون منهم ومن العامة أيضا، كما أن الإجماع يكون حجة على الناس جميعا أما العرف فحجته قاصرة على من تعارفوا عليه.

ولكن إذا كان النص الشرعي مبنيًا على عرف الناس وعاداتهم وقت صدوره بمعنى أن يكون النص ورد مقررًا للعرف السائد ثم تغير العرف بعد ذلك فلأن أبا يوسف من الأحناف يعتبر العرف الطائري لا العرف الذي جاء النص مقررًا له. لكن الإمام أبا حنيفة ومحمدا لا يعتبران هذا العرف الطائري. فمثلا قد نص الشارع على أن البر والتمر والملح من المكيلات فإذا تغير العرف وأصبحت من الموزونات فهل يصح التعامل فيها بالورن؟ بهذا يقول القاضي أبو يوسف. أما الإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسن فإنهما لا يجيزان ذلك ويعتبرانه ربا.

العرف واتخاذ دليل على الأحكام : فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلافهم متفقون على اعتبار العرف بصفة عامة دليلا يرجع إليه لمعرفة الأحكام الفقهية إذا أعوزهم النص الشرعي من الكتاب والسنة، يدل على هذا قولهم « الثابت بالعرف كالثابت بالنص » ، « العادة محكمة ».

واستدلوا على ذلك بقوله عليه السلام : « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » وبهذا يكون العرف قد ثبتت حجتيه بالنص^(١). ومن الفقهاء من استدل على حجية العرف بقوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف »^(٢) وبقوله تعالى : « وما جعل عليكم في الدين من حرج »^(٣) لأن في معارضة المتعارف عليه دون ضرورة مخالفته لنص أو حكم مجمع عليه فيه ضيق بالناس وحرج.

ومع هذا فالشارع قد اعتبر العرف في كثير من الأحكام وأقره كما هو أو بعد تنظيم فيه فقد أقر ما هم عليه من بيع ورهن وإجارة وسكّم إلى غير ذلك من بعض أنواع المعاملات.

(١) راجع فتح القدير ج ٦ ص ١٥٧ ، والبدائع ج ٥ ، والمبسوط ج ١٢ ص ١٣٨ .

(٢) سورة البقرة ٢٢٣ .

(٣) سورة الحج .

والعرف الواجب الاعتبار هو الذى لم يخالف دليلا شرعيا، أما إذا تعارف الناس على شيء يتنافى مع النصوص الشرعية التى لم تبين على عرف سابق فإنه لا يكون محل اعتبار.

ولاشك أن اعتبار العرف مصدرا لاستنباط الأحكام يترتب عليه اختلافها فى الموضوع الواحد تبعا لاختلاف العرف، ويقولون فى ذلك : «إنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان».

وعلى كل فالعرف حجة على من تعارفوا عليه يمكن أن يتخلف به الأثر والقياس، بل ويتخلف من أجله النص عند أبى يوسف إذا كان قد بنى على عرف سابق^(١).

(١) راجع فى مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية السنة الخامسة العددين الأول والثانى بحث العرف للأستاذ الشيخ عمر عبد الله.

الفصل الرابع

المصطلح العقلية

المبحث الأول

القياس

تهويله والمواد به^(١) : قلنا إن الأحكام جميعها مبنية على مقاصد ومصالح هي العلة في ثبوت الحكم والسبب في وجوده، ولما كانت الأحكام متناهية والوقائع غير متناهية، إذ يجد من الوقائع والحوادث ما لم يسبق حدوثه ولم يرد فيه بذاته نص ويراد معرفة حكم الله فيه، وكان هناك أمر آخر يشبهه ورد فيه نص أو حكم إجماعى، والعلة التي من أجلها شرع الحكم موجودة في الأمر الجديد، الحقوا الأمر الذي لا نص فيه ولا حكم له بالأمر الذي صدر فيه حكم، لاتحاد العلة فيهما.

والقياس في اللغة يطلق على التسوية بين الشيئين : حسية كانت كتسوية شيء بشيء، أم معنوية كتسوية شخص بشخص في الكفاءة أو الخلق، ويطلق بمعنى التقدير، فيقال قاس الأرض بالقصبة والقماش بالتر.

وهو عند الأصوليين إلحاق أمر لا نص فيه من الكتاب أو السنة بآخر منصوص على حكمه، وتطبيق حكمه عليه لاشتراكهما في العلة التي شرع لأجلها الحكم، أو هو تعدية الحكم من الأصل إلى الفرع بعلة متحدة لا تدرك باللغة. والأصل يسمى مقيسا عليه والفرع يسمى مقيسا، ومعنى أن العلة لا تدرك باللغة هو أنها لا تعرف إلا بالاجتهاد والرأى أو بالنص عليها^(٢).

(١) راجع المستصفى ج ١ ص ١٨٧ إلى ١٨٩.

(٢) أما العلة التي يكفى بإدراكها العلم باللغة فهي علة دلالة النص أى دلالة اللفظ على ثبوت حكم المنصوص عليه لما يرد فيه من نص لاشتراكهما في علة ثابتة بطريق اللغة ولا تتوقف معرفتها على اجتهاد ورأى.

والمراد من القياس هو إظهار أن حكم الله في الفرع هو حكمه في الأصل لأن الحكم يثبت في الفرع ابتداء ولا حكم إلا لله، هذا معنى قول الأصوليين أن القياس مظهر للحكم لا مثبت له.

فإذا اختلف المجتهدون^(١) في حكم لاختلاف الأدلة فيه، واختلاف وجهات النظر في فهمها وتأويلها، ولم يرد فيه نص صريح، ولم يسبق فيه إجماع من قبل، قاسوا الأمور بأشباهها وألحقوا المثل بمثله، ويكون ذلك بالغوص في الكتاب والسنة، وتلمس الأشباه والنظائر، ثم القياس عليه.

وكذلك فلإنهم ينفون الحكم عن مسألة جديدة إذا كانت العلة والأوصاف المؤثرة فيها لا تجمعها والمسألة المنصوص عليها، وهذا يسمى قياس العكس، ويمكن تعريفه بأنه تحصيل حكم معلوم نقيض ما في غيره لافتراقهما في علة الحكم، والاول يسمى قياس الطرد وهو المراد عند إطلاق كلمة قياس لأنه الأعم.

ومن أمثلة اجتهاد الفقهاء السابقين في استنباط علل الأحكام وتطبيق الحكم على ما توجد فيه العلة وأخذهم بالقياس : ما قالوه من تحريم النبيذ قياساً على الخمر^(٢) لاشتراكهما في العلة التي روعيت في تحريم الخمر وهي : الإسكار، ولم يرد نص في تحريم النبيذ، وقد ورد النص في الخمر : ﴿إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأُرْلَامُ رَجَسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تَفْلَحُونَ﴾ إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر^(٣) فالخمر أصل مقيس عليه، والنبيذ فرع مقيس، والعلة المشتركة بينهما هي إيقاع العداوة والبغضاء بين الناس. وقياسهم بعد ذلك على الخمر في التحريم كل مسكر على التفصيل الوارد في موضعه.

(١) الإحكام للأمدى ج ٣ ص ٦ والأسنوى ج ٣ ص ٢.

(٢) يرى بعض الفقهاء أن الخمر هي الشراب المتخذ من عصير العنب من غير طبخ بالنار وعلى هذا فلا تشمل النبيذ، غير أنه يترتب على شربه ما يترتب على شرب الخمر فيأخذ حكمه قياساً.

(٣) سورة المائدة الآية ٩٠ ج ٧.



ومثل قياس حرمان الموصى له إذا قتل الموصى على حرمان الوارث، إذا قتل المورث لاشتراكهما فى العلة وهى القصد إلى استعجال الشئ قبل أوانه .

وقياس من يستأجر على إجارة غيره على من يبيع على بيع غيره المنهى عنه فى الحديث؛ لاشتراكهما فى العلة، وهى أن هذا الصنيع فيه إيذاء للأول ويؤدى إلى القطيعة والحقد، وهكذا، فالمثل كثيرة فى كتب الفروع .

وللقياس أركان أربعة^(١):

- ١ - مقيس عليه: وهو الأمر الذى ورد نص بحكمه ويسمى أصلاً .
- ٢ - والمقيس: وهو الأمر الذى جد ولم يرد فى حكمه نص ويطلب معرفة حكم الله فيه ويسمى فرعاً .
- ٣ - العلة : وهى الوصف المشترك بين الأصل والفرع والذى من أجله شرع الحكم فى الأصل .
- ٤ - حكم الأصل : وهو الحكم الشرعى الثابت للأصل بنص أو إجماع^(٢) للوصف الملاحظ فيه ويريد المجتهد تعديته للفرع المقيس لوجود نفس الوصف فيه .

وعرف الأصوليون العلة بأنها الوصف الظاهر المنضبط المشتمل على المعنى المناسب للحكم . فلا يجوز التعليل بالوصف الخفى لعدم إمكان معرفته^(٣) ولا

(١) هذه الأحكام الأربعة لها شروط يجب أن تتحقق فى كل منها، وموضع ذكرها فى علم أصول الفقه .

(٢) حكم المقيس عليه الثابت بالإجماع يصح إثباته فى المقيس على الراجع لأن العلة إن لم ينص عليها فى الحكم الثابت بالإجماع فإنه يمكن إدراكها بطريق المناسبة، فولاية التزويج الثابتة بالإجماع للأب على بنته البكر الصغيرة، يمكن القول بأن العلة فيه هى الصغر لأنه الوصف المناسب بين الصغر وولاية التزويج فيمكن أن يقاس على هذا الحكم عند توافر الأركان والشروط . أما الأحكام الثابتة بالقياس فواضح أنه لا يقاس عليها وإنما يقاس على الحكم الأصل الذى قيست عليه .

(٣) ولا يرى جمهور الأصوليين خفاء العلة حياً فيها .

يجوز التعليل بالظاهر غير المنضبط لأنها تختلف باختلاف الأفراد والأحوال، وكذلك فإنه لا يجوز التعليل بالوصف الظاهر المنضبط إذا انعدمت المناسبة بينه وبين الحكم إذ لا مناسبة بين العلة والمعلول.

فالإسكار يصلح أن يكون علة لتحريم الخمر. والسفر يصلح أن يكون علة للإفطار فى رمضان وقصر الصلاة، والقتل العمد العدوان يصلح أن يكون علة لإيجاب القصاص، وسكوت البكر عند تزويجها يصلح أن يكون علة لصحة العقد، واستعجال الإرث قبل أوانه بقتل الوارث لمورثه علة لحرمانه من الإرث، والاشتغال عن صلاة الجمعة بالبيع وقت النداء لها علة لكراهة البيع وقتها المستفاد من قول الله تعالى : ﴿إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع﴾.

هذا أما الطرق التى توصل إلى معرفة العلة، وما يجوز التعلل به، وأقسام العلة وشروطها وأركان القياس فإننا نتركها كلها إلى دراسة علم أصول الفقه، وإنما نكتفى هنا بالكلام عن حجية القياس والفرق بينه وبين الاجتهاد.

حجية القياس : جمهور فقهاء المسلمين على أن القياس دليل من أدلة الأحكام، وهو يفيد غلبة الظن، فيكون حجة يجب العمل به إذ هو يستند إلى علة حقيقية ظاهرة، ويتفق العمل به مع مقاصد الشريعة الأصلية، إذ المنقول الصحيح دائر مع المعقول الصحيح وجودا وعدما، واستدلوا على حجيته بقول الله تعالى : ﴿ولو ردوه إلى الرسول وإلى أولى الأمر منهم لعلمه الذين يستنبطونه منهم﴾^(١). وقوله تعالى : ﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله﴾^(٢) يقول ابن رشد : أى بما أراك الله فيه من الاستنباط والقياس لأن الذى أراه الله فيه الاستنباط والقياس هو بما أنزل الله عليه وأمره بالحكم به حيث يقول : ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾ ويقول الله تعالى : ﴿وتلك الأمثال نضربها للناس وما يعقلها إلا العالمون﴾^(٣) وقوله : ﴿فاعتبروا يا أولى الأبصار﴾^(٤) فإدراك الأمثال والاعتبار لا يكونان إلا بالتقدير والنظر كما فى القياس.

(١) سورة النساء ج ٥ آية ٨٣. (٢) سورة النساء الآية ١٠٥ ج ٥.

(٣) سورة العنكبوت ج ٢٠ آية ٤٣. (٤) سورة الحشر ج ٢٨ آية ٢.



كما استدلو بما قال النبي لابن مسعود ومعاذ، وأبى موسى الأشعري، وإجماع الصحابة على الأخذ به، فهذا الإمام على يطبق حد القذف على حد شرب الخمر حينما استشاره عمر في حكمه فيقول : «نطبق عليه حكم المفترى لأنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، وعلى المفترى ثمانون جلدة» وهذا عمر يقول لأبى موسى الأشعري : «اعرف الأمثال والأشباه وقس الأمور عندك».

والفقهاء يتفاوتون في درجة الأخذ به بين مضيق وموسع، فالأحناف وهم من مدرسة أهل الرأي : يتوسعون في الأخذ به ويقدمونه على خبر الأحاد غير المشهور من السنة، ويرى بعضهم أن مجرد الشبه في الأوصاف دون اتفاق العلة كاف للقياس، وأما أحمد بن حنبل وهو من مدرسة الحديث فهو لا يلجأ إليه إلا للضرورة وعدم وجود دليل من السنة ولو ضعيفا (١) وبينهما مالك والشافعي (٢).

وينبغي لصحة القياس تحقق الآتي :

١ - أن تكون العلة هي الباعث للحكم، وظاهرة منضبطة بنفسها غير خفية أو مضطربة.

٢ - أن تكون العلة واحدة في المقيس (الفرع) والمقيس عليه (الأصل) لأن الشيء إنما يلحق بغيره إذا تساوى بجميع الوجوه.

٣ - أن يكون حكم الأصل عاما إذ القاعدة أن النص على خلاف القياس يقتصر على مورد، أو بعبارة أخرى أن الاستثناء لا يتوسع فيه لأنه جاء على خلاف الأصل فلا يقاس عليه.

(١) وقد بينا مراده بالضعيف قبل.

(٢) وهناك من الفقهاء من منع الأخذ به كداود الأصفهاني وأتباعه، وابن حزم وأصحابه الظاهرية، وفريق من المعتزلة استدلو بالآتي :

القرآن نهى عن الأخذ بالظن «إن الظن لا يبنى عن الحق شيئا» والقياس ظن إذ يبنى على استنتاج علة في المقيس عليه.

وقالوا إن القياس يؤدي إلى الاختلاف في الرأي والتناقض في الأحكام تبعا لتفاوت الأفهام.

وفي الواقع أن دليلهم محل نظر، لأن ما ذكر إنما هو خاص بالرأي والهوى إذ هو قياس فاسد، وإنما القياس الصحيح يستند إلى علة حقيقية ظاهرة.

الفرق بین القیاس والاجتهاد : مجال الاجتهاد هو ما يعرض من الوقائع سواء اكانت منصوحا على احكامها أو غیر منصوح. فالاجتهاد فيما فيه نص يكون بتفهم النص والوصول إلى المراد منه، ومعرفة ما إذا كان النص العام باقيا على عمومہ أو خصص، والمطلق هل بقى على إطلاقه أم قيد، والظاهر هل بقى على ظاهره أم أوّل وغیر ذلك، والاجتهاد فيما لا نص فيه يكون بالاستدلال على حکمه بالقیاس أو الاستحسان، أو مراعاة المصلحة المرسلّة، أو بأى دليل من الأدلة التى نصبها الشارع للوصول إلى حکم ما لا نص فيه.

بینما مجال القیاس هو الوقائع التى لا نص على حکمها خاصة وإنما تشترك فى العلة مع وقائع أخرى صدر فيها حکم بنص أو إجماع ولا مجال للقیاس فى الاحکام التى نص عليها فى الكتاب أو السنة.



المبطل الثاني

الاستحسان

تهويله : هو العدول في مسألة عن مثل ما حكم به في أشباهها إلى خلافه لوجه هو أقوى^(١)، ويمكن أن يقال : إن الاستحسان هو العدول عن قياس وضحت علته إلى قياس خفيت علته أو إلى دليل آخر من الكتاب أو السنة أو الإجماع أو العرف^(٢)، أو هو عدول المجتهد عن حكم كلي إلى حكم استثنائي لدليل رجح لديه هذا العدول. وبهذا التعريف يكون الاستحسان شاملا أمرين :

١ - القياس الذي خفيت علته لبعدها عن الذهن والواقع في مقابلة قياس آخر ظهرت علته لتبادرها للذهن أولا. كقولهم بدخول حقوق الارتفاق في وقف الأرض الزراعية إذا لم ينص عليه فإنه من قبيل الاستحسان إذ الانتفاع بالأرض لا يتحقق إلا بها مع أن الوقف يشبه البيع من ناحية خروج العين من ملك صاحبها وقياسها على البيع يقتضي عدم تبعية حق الارتفاق لها دون نص فنجد الفقهاء عدلوا عن القياس الظاهر إلى قياس خفيت علته.

(١) ويقول السرخسي : القياس والاستحسان في الحقيقة قياسان : أحدهما جلي ضعف أثره فسمى قياسا، والآخر خفي قوى أثره فسمى استحسانا أي قياسا مستحسنا، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿فبشر عباد * الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه﴾ والقرآن كله حسن. ثم أمر باتباع الأحسن.

(٢) جاء في كتاب المبسوط للسرخسي ج ١٠ ص ١٤٥، كان شيخنا الإمام يقول : الاستحسان ترك القياس والأخذ بما هو أوفق للناس. وقيل الاستحسان طلب السهولة في الأحكام فيما يتلى فيه الخاص والعام، وقيل : الأخذ بالسماحة وإبتغاء ما فيه الرحمة، وأخيرا هو ترك العسر لليسر، وهو أصل في الدين ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾ وقال عليه السلام لعلى ومعاذ حين وجههما إلى اليمن : «يسرا ولا تعسرا قريبا ولا تنفرا». وقال : «ألا إن هذا الدين متين فأوغلوا فيه برفق، ولا تيفضوا عباد الله عبادة الله فإن المنبت لا أرضا قطع ولا ظهرا أبقى».

٢ - استثناء مسألة جزئية من أصل كلي أو قاعدة عامة لأصل خاص يقتضى ذلك، فأكل الصائم مفسد للصوم إذ الإمساك عن الطعام والشراب ركن فى الصوم كما هو القاعدة العامة. لكنهم استثنوا من هذه القاعدة الأكل نسيانا استحسانا لدليل خاص بها يخرجها من القاعدة وهو حديث «من أكل أو شرب ناسيا فليتم صومه . . .» وكذلك السلم والاستصناع فإن القياس يقتضى بطلانها إلا أنهما أجيذا لدليل آخر هو الحديث بالنسبة للأول والإجماع بالنسبة للثانى، ورغم أن هذا الحكم الاستحسانى ثابت بنص أو إجماع فإنه لا يقاس عليه لأنه حكم استثنائى ثبت بدليل خاص والاستثناء يقتصر فيه على موضع النص.

آراء الفقهاء فى الاستحسان كـصـطـو : وأكثر من أخذ من الفقهاء بالاستحسان فى الاستدلال هم السادة الأحناف، وقد استعمله أيضا بهذا المعنى المالكية وابن حنبل، فكثيرا ما قالوا بجواز هذا الشيء استحسانا، أما الشافعى فقد أبطل الاستدلال به فروى عنه أنه قال : «من استحسَن فقد شرع» ومن المعروف أن التشريع ليس لغير الله.

ولعل الشافعى بنى هذا على أساس أن الاستحسان هو ما يتعقله المجتهد من غير دليل، وعلى هذا اتجه بعض الأصوليين إلى رد الاستدلال به وعدوه من الأدلة الفاسدة التى لا يصح الاعتماد عليها. وقد علمت ما وضعه كبار الأصوليين من الأحناف من أن الاستحسان قياس خفيت علته، بالنسبة إلى قياس ظاهر العلة، وعلى هذا فلا محل للخلاف.

ومع هذا فقد نقل إلينا الأمدى^(١) وهو من الشافعية أن الشافعى قد أخذ بالاستحسان واعتبره مصدرا. فمثلا فى الشفعة استحسَن الشافعى أن يبقى للشفيع حق طلب الموائبة إلى ثلاثة أيام وهذا استحسان فى مقابلة القياس، إلى غير ذلك من استحسانه بعض الفروع مع مخالفتها لقواعده مثل إجاراته التعاقد على دخول الحمام مع جهالة المدة ومقدار الماء الذى يستهلكه^(٢).

(١) فى كتاب الأحكام ج ٣ ص ١٣٧.

(٢) ومثل ذلك فى عصرنا الجلوس فى مقهى أو متنزّه نظير أجر، فإن مدة البقاء مجهولة.



والاستحسان يتنوع تبعاً لنوع الدليل الذى ثبت به.

(أ) الاستحسان بالنص : فمثلاً عقد السلم، القياس لا يقتضيه لأن النص العام منعه بقول الرسول : «لا تبع ما ليس عندك» وأجازوه استحساناً لترخيص الرسول فيه، وكذا خيار الشرط القياس لا يقتضيه لمخالفته مقتضى العقد ولكنه جاز استحساناً لقول الرسول : «إذا تبايعت فقل لا خلافة ولى الخيار ثلاثة أيام» ومن ذلك أيضاً الإجارة إذ المعقود عليه غير موجود وقت التعاقد إذ المنافع تتجدد ساعة فساعة ولكن عدل عن ذلك وأجيزت استحساناً لقول الرسول : «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه».

(ب) الاستحسان بالإجماع : مثل إجازتهم عقد الاستصناع مع أن محل العقد وهو عمل الصانع منعدم وقت العقد وقد تعامل به الناس فى كل عصر.

(ج) الاستحسان بالعرف مثل التعاقد على شىء يكون محل العقد فيه جهالة لكن الناس قد تعودوا على هذا، وتعارفوا على الرضاء به مثل التعاقد على رحلة مفاجئة «قطار المفاجئات» أو التعاقد مع مطعم على وجبة الغذاء مع جهالة الأصناف.

(د) الاستحسان الثابت بالضرورة كقول الحنفية بطهارة سؤر سباع الطير كالحدأة والغراب رغم أكلها النجاسات، استحساناً لتعذر منعها.

(هـ) الاستحسان الثابت بالمصلحة كالقول بتضمين الصانع مع أن الأصل أن الأمين لا يضمن ولكن لوحظ فساد ذمتهم.

وموضع تفصيل ذلك كله فى كتب الأصول. وأخيراً فإننا نستطيع القول بأن الاستحسان يرجع إلى قاعدة نفى الحرج، من أجل هذا تجد مالكا يقول : «الاستحسان تسعة أعشار العلم».

المبحث الثالث

الذرائع

التعريف بالظوائغ : الذريعة فى اللغة الوسيلة التى يتوصل بها إلى الشئ، وهى عند علماء الأصول : ما يتوصل به إلى شئ ممنوع مشتمل على مفسدة^(١).

والذريعة ملاحظ فيها معنى أنها وسيلة مفضية إلى المقصود بالحكم . كما أنه لا يلزم فى الذريعة المفضية إلى مفسدة أن يكون وجود هذه المفسدة متوقفا عليها . فالزنا حرام منتهى عنه، والنظر إلى عورة الأجنبية حرام أيضا لأنه يؤدى إلى فاحشة، ومن هذا القبيل قول الله تعالى : ﴿ولا يضرين بأرجلهن ليعلم ما يخفين من ربهن﴾ إذ مثل هذا وسيلة إلى الافتتان بالمرأة، وإن كان الافتتان بها لا يتوقف على ذلك الفعل. وكذلك^(٢) قول الله تعالى : ﴿ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدوا بغير علم﴾ لأن سب المؤمنين للأصنام والأشياء المقدسة عند غير المسلمين ذريعة ووسيلة قد تقضى إلى سب الله سبحانه وتعالى، وإن كان سبهم الله غير متوقف على ذلك، ومن هذا القبيل قول الرسول ﷺ : «إن من أكبر الكبائر أن يلعن الرجل والديه» قيل : كيف يلعن الرجل والديه يا رسول الله؟ قال : «يسب أبا الرجل فيسب أباه، ويسب أمه فيسب أمه».

حكم الظوائغ : وبذا نجد أن موارد الأحكام قسمان : مقاصد وهى التى تكون فى ذاتها مصلحة أو مفسدة، ووسائل مفضية إلى هذه المقاصد، فإن كانت الوسيلة مفضية إلى مصلحة أخذت حكمها من وجوب أو إباحة، وإن كانت مفضية إلى مفسدة أخذت حكمها من تحريم أو كراهية^(٣).

(١) يقول ابن القيم : الذريعة ما كان وسيلة وطريقا إلى شئ..

(٢) إعلام الموقعين ج ٣ ص ١٤٧ الطبعة الأولى مطبعة السعادة.

(٣) الموافقات للشاطبي ج ٤ ص ١١٢ المطبعة السلفية.

(٤) روى هذا بقول القرطبي فى الفروق : «الوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى أقيح المقاصد»

فتح الذرائع وسطها وحكم ذلك، الذرائع إذا كانت تفضى إلى مقصد هو قرينة وخير أخذت الوسيلة حكم المقصد، وإن كانت تفضى إلى مقصد ممنوع هو مفسدة أخذت حكمه، لذا فإن الإمام مالكا يرى أنه يجب فتح الذرائع في الحالة الأولى لأن المصلحة مطلوبة، وسدها في الحالة الثانية لأن المفسدة ممنوعة^(١).

فلو أراد شخص له سلطان ويطش أن يدفعك في معصية كشهادة زور تودي بحيات إنسان مثلا، وكان في إمكانك أن تقدم له شيئا على سبيل الرشوة في أي صورة ليمنع عنك الوقوع في هذه المعصية التي ضررها أشد من ضرر ارتكاب جريمة الرشوة، لجاز ذلك الفعل كما يرى الإمام مالك ومن وافقه، وأيضا لو كنا في حرب مع غير المسلمين وأسروا منا بعض قواتنا، ولم يقبلوا إطلاق سراح الأسرى إلا نظير مال ندفعه إليهم، فإن الفقهاء أجازوا ذلك، مع أن دفع مال منا لأعدائنا تقوية لهم وإضعاف لنا، ولكنه ذريعة إلى مقصد فائده أقوى.

وبالمثل فإنهم قالوا بتحريم بيع السلاح عند الفتنة إذ فيه إغانة على المعصية، وكذا بيعه للمحاربين أو البغاة وقطاع الطريق، ومثله بيع العنب لمن يتخذه خمرًا، وتأجير العامل ليقدم الخمر إلى شاربها، وتأجير الحانوت ليتخذ حانة لبيع الخمر،

- أفتح الوسائل، ويقول ابن القيم في إعلام الموقعين ج ٣ ص ١٤٧: «لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضى إليها كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب إفضائها إلى غايتها وارتباطاتها بها، ووسائل الطاعات والقربات في محبتها والإذن فيها بحسب إفضائها إلى غايتها، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود، وكلاهما مقصود، لكنه مقصود قصد الغايات، وهي مقصودة قصد الوسائل، فإذا حرم الرب تعالى شيئا، وله طرق ووسائل تفضى إليه فإنه يحرمها ويمنع منها تحقيقا لتحريمه وتثبيتا له.. ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضا للتحريم وإغراء للنفس به» إلى أن قال: «ومن تأمل مصادر الشريعة ومواردها علم أن الله تعالى ورسوله سد الذرائع المفضية إلى المحارم بأن حرمها ونهى عنها».

(١) وفي هذا يقول القرافي: «الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها وتكره وتندب وتباح، وأن الذريعة هي الوسيلة فكما أن وسيلة المحرم مجرمة فوسيلة الواجب واجب».

وتأجير الدار لتتخذ للبيغاء والدعارة أو الميسر إلى غير ذلك لأنها كلها ذريعة ووسيلة إلى مفسدة فيجب سد هذه الذرائع.

أنواع الذرائع وحكم كل نوع^(١) : قسم ابن القيم الذرائع إلى أربعة أنواع :

الأول : ذريعة تفضي دائما إلى مفسدة كشرب السكر المفضي إلى مفسدة السكر، وكالقفذ المفضي إلى مفسدة الفرية، والزنا المفضي إلى اختلاط الأنساب ونحو ذلك. إذ هي أفعال وأقوال وضعت مفضية لهذه المفسدة لا محالة وليس لها ظاهر غيرها، وهذا النوع لا جدال في منعه كراهة أو تحريما بحسب درجاته في المفسدة.

الثاني : ذريعة تفضي لمباح لم يقصد بها التوصل إلى مفسدة لكنها مفضية إليها غالبا، ومفسدتها أرجح من مصلحتها مثل تزين المتوفى عنها زوجها في زمن عدتها^(٢) فإن التزين من وسائل التجميل للمرأة وهو مباح، ولا يلزم من حصوله التوصل إلى مفسدة لكنه غالبا ما يفضي إلى مفسدة هي التصريح بخطبتها قبل انقضاء العدة، وفي هذا ما يرغر صدور أهل زوجها المتوفى، والله تعالى يقول : ﴿والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا﴾. ومن أمثلة هذا النوع أن تسب للمشركين كهتهم وتسخر بها فيسبوا الله عدوا بغير علم.

وهذا النوع وإن كان لم يقصد به المفسدة وأنه يفضي إلى مباح إلا أن النصوص من آيات الأحكام وأحاديث الأحكام تفضي إلى منعه لأنه يفضي في

(١) إعلام الموقعين ج ٣ ص ٢٤٨

(٢) إذ المعتدة من وفاة لا يطلب منها التزام بيت الزوجية ولها أن تخرج وإن تسعى لجلب رزقها ويجوز التعريض بخطبتها، أما المعتدة من طلاق فإنه لا يجوز خطبتها لا تصريحها ولا تعريضها في مدة العدة لما قد يحدث من عدا بين المطلق والخطاب، ولما فيه من المظنة بها والتشجيع على الادعاء بانقضاء العدة كذبا، وفي كل هذا قطع لأمل الحياة الزوجية الأولى، لذا لم يكن تزينها مفضيا إلى مفسدة كما في المتوفى عنها زوجها. راجع لنا الفقه الإسلامي في الزواج والفرقة وآثارهما، مطبعة مصر بمدينة الخرطوم.

الغالب إلى المفسدة، ومع هذا فإن درجته في المنع دون درجة النوع الأول. بل جعل ابن القيم هذا النوع مما هو محل اختلاف الفقهاء في منعه وإباحته.

الثالث : ذريعة وضعت للمباح لكنها قد تفضي إلى المفسدة لكن مصلحتها أرجح من مفسدتها كالنظر إلى المخطوبة والشهود عليها للتعرف عليها، وكلمة الحق عند ذي سلطان جائر، وهذا النوع جاءت الشريعة بإباحته واستحبابه أو وجوبه حسب درجته في المصلحة.

الرابع : ذريعة وضعت للمباح قصد بها التوصل إلى المفسدة كمن يتزوج قاصدا تحليل الزوجة لمطلقها التي بانت منه بينونة كبرى. وكمن يتعاقد على سلعة ليصل إلى الربا عن طريق ذلك التعاقد وهو ما يسمى ببيع العينة وسنبيته في موضعه.

وهذا النوع اختلف الفقهاء في سده ومنعه أو فتحه وإباحته، بل وكثير من الأصوليين عرف الذرائع بما جعلها قاصرة على هذا النوع إذ يقولون : الذريعة هي الأمر المباح الذي يتخذ وسيلة إلى مفسدة. والواقع أن الذرائع التي جاء - في كتب المالكية والحنابلة - القول بسدها تنصب على هذا النوع.

آراء الفقهاء في الأخذ بمبدأ الأصل : الواقع أن الفقهاء جميعا يأخذون بأصل الذرائع مع اختلاف في مقدار الأخذ به، وتباين في طريقة الوصول إلى الحكم، إذ المشاهد في أحكام الفروع أن أكثر الفقهاء يعطى الوسيلة «الذريعة» حكم الغاية إذا تعينت الوسيلة طريقا لهذه الغاية، أما إذا لم تتعين طريقا لها فالشهور عن الإمام مالك أنها تعتبر أصلا للأحكام ويقرب منه في ذلك الإمام أحمد، وتبعهما ابن تيمية وابن القيم^(١).

(١) يقول القرافي في كتابه الفروق : مالك لم ينفرد بذلك بل كل أحد يقول بها ولا خصوصية للمالكية بها إلا من حيث زيادتهم فيها، والذرائع منها ما هو معتبر بالإجماع كالمنع من حفر الآبار في طريق المسلمين وإلقاء السم في طعامهم، ومنها ما هو ملقى إجماعا كزراعة العنب فإنها لا تمنع خشية الحمر، وإن كانت وسيلة إلى المحرم، ومنها ما هو مختلف فيه كبيع =

بل إن المذهب الشافعي سريخ في أن كل عقد تؤخذ أحكامه من صيغته وما لابسه واقترن به، ولذا فهو يبنى أحكامه في العقود على الإرادة الظاهرة «العبارة».

أما الظاهرية فإنهم تبعوا لعدم أخذهم بالرأي، والاجتهاد عن طريق الذرائع من الرأي ينكرون الأخذ به^(١) وإنما قصروها على الابتعاد عن الشبهات خشية الوقوع في الحرام، والحق أن موقف الظاهرية هذا منطقي مع مبدئهم الذي هو الأخذ بظواهر ألفاظ الأدلة.

ويتلخص منشأ الخلاف بينهم في هذا، إلى أنه هل المعتبر في العقود الإرادة الظاهرة «العبارة» أم الإرادة الباطنة «النية»؟ فالشافعي يبنى الأحكام على الظاهر إذ الشريعة عنده ظاهرية تنظر إلى صور الأفعال وماداتها، لا إلى بواعثها ومآلاتها التي لم يقم دليل عليها، وإنما يؤخذ على البواعث والغيبات علمها عند الله سبحانه وتعالى.

ويقرب من الشافعي في هذا أبو حنيفة ويدخل هذا عنده تحت قاعدة «المعتبر في أوامر الله المعنى والمعتبر في أمور العباد الاسم واللفظ»^(٢).

لكن الإمامين مالكا وأحمد ينظران عند الحكم على التصرف إلى المآل والباعث. فمن عقد عقدا ليصل به إلى أمر محرم لا يمكن الوصول إليه إلا عن

= الأجل فنحن لا نفتر الدريعة فيها، وخالفنا غيرنا، فمن باع سلعة بعشرة دراهم إلى شهر ثم اشتراها بخمسة قبل الشهر فمالك ومعه أحمد يقولان إن خرج من يده خمسة الآن وأخذ عشرة إلى آخر الشهر فهو ذريعة الربا. وخالف في ذلك الشافعي وأبو حنيفة، وراجع أيضا في هذا الموافقات للشاطبي ج ٤ ص ١١٣.

(١) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ج ٦.

(٢) حاشية الحموي على الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٧، وهذا لا يتنافى مع قاعدة «أن العبرة بالمعاني لا بالألفاظ والمباني» إذ يراد هنا بالمدلول المستفاد من مجموع الألفاظ منضمها بعضها إلى بعض لا كل لفظ على حدة.

طريقه، هذا العقد كما في بيع العينة وزواج المحلل فإنه فضلا عن كونه آثما فالعقد نفسه غير صحيح^(١).

والحق أن ما ذهب إليه مالك وأحمد يتفق مع حديث «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى» كما يتفق مع قاعدة «الأمور بمقاصدها» كما أنه أقرب إلى مقاصد الشريعة.

الحيل الشرعية وهذا الأصل : يقصد بالحيل التحايل على الوصول إلى التظاهر بتصحيح تصرف ما طبقا للحكم الشرعى. والأصل فى استعمال الحيل قول الله تعالى فى قصة سيدنا أيوب : ﴿وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث﴾ وكان هذا ترخيصا له تحلة ليمينه.

ولما كانت أحكام الفقه ظنية فى الغالب، وكان الفقهاء يهدفون إلى المثل العليا عند استنباطهم الأحكام، ولا شك أن الزمن اختلف عن عصر الصحابة، وانحدر المسلمون عما كان عليه سلفهم، ومع هذا فقد خضعت معاملات الناس وعاداتهم جميعا لأحكام الفقه الإسلامى؛ فللتوفيق بين الناحية النظرية والناحية العملية، وبين الحقيقة الواقعة والمثل العليا، ابتدعت مدرسة الرأى بالكوفة الحيل الشرعية، واهتم بها المذهب الحنفى، وقد بدأت الحيل أولا فى محيط الأيمان ثم امتدت بعد ذلك إلى أبواب أخرى من الفقه كالوقوف والوصايا والشروط والمواثيق والنفقات والشفعة وغيرها من المواضيع الهامة فى الحياة العملية^(٢) وروى أن

(١) وقد ساق ابن القيم للاستدلال على وجهة النظر هذه تسعة وتسعين وجها، وقال : «باب سد الذرائع أحد أرباع التكليف فإنه أمر ونهى، والأمر نوعان مقصود لنفسه وسيلة إلى المقصود. والنهى نوعان ما يكون للنهى عنه مفسدة فى نفسه، وما يكون وسيلة إلى المفسدة. فصار سد الذرائع المفضية إلى الحرام أحد أرباع الدين» ، إعلام الموقعين ج ٣ من ص ١٤٩ /

(٢) راجع روح المعانى للألوسى ج ٢٣ ص ٢٠٨، ونظرة عامة فى تاريخ الفقه الإسلامى للدكتور على حسن عبد القادر، وفلسفة التشريع الإسلامى لصبحى محمصانى، وراجع لنا فى ذلك الفقه الإسلامى الطبعة الثانية، الاحتياى على إسقاط الشفعة. وراجع ما قلناه قبل.

أبا حنيفة قال ^(١): «إن قصد إبطال الأحكام صراحة ممنوع وأما إبطاله ضمنا فلا».

ولقد كان الإمام الشافعي خصما للحيل لا يجيزها ويبطل التصرف الذي يكون قد قصد به التحايل، غير أنه لما انتشرت كتب الحنفية في الحيل ^(٢) أخذ أتباع الشافعي يؤلفون في الحيل ^(٣) التي حرّمها عليهم إمامهم.

ولقد حرم الإمامان مالك وأحمد جميع الحيل كما حرّمها الشافعي، وبقي أتباع هذين الإمامين على تحريمها.

والواقع أن الحيل تنقسم إلى قسمين ^(٤):

الأول: حيل شرعية مباحة لأنها لا تهدم مصلحة شرعية، وإنما هي عبارة عن قلب طريقة مشروعة وضعت لأمر معين واستعمالها في حالة أخرى بقصد التوصل إلى إثبات حق أو دفع مظلمة أو التيسير على الناس بسبب الحاجة، وهذا النوع في الواقع ما كان الغرض منه مباحا والوسائل مباحة، وهذا جائز في جميع المذاهب الإسلامية، فمثلا الأحناف لا يجيزون الإجارة لمدة طويلة في الأشجار، ولما اعتاد الناس الإجارة الطويلة أمكن التحايل ببيع الوفاء لتصحيح العقد.

الثاني: حيل يقصد بها التحايل على قلب الأحكام الثابتة شرعا إلى أحكام أخرى بفعل مظهره الصحة لكنه لغو في الباطل وهذا القسم هو الذي محل خلاف

(١) الموافقات للشاطبي ج ٤ ص ٢٠٢.

(٢) روى أن أبا يوسف ومحمدا كتبا في الحيل، وإذا لم يوجد أثر لما قيل إن أبا يوسف كتبه فإنه يوجد مخطوط بمكتبة القاهرة العامة في الحيل يظن أنه لمحمد بن الحسن، وقد كتب أبو بكر أحمد بن عمر قصير الشيباني الخفاف المتوفى سنة ٢٦١ كتابا أسماه «الحيل والمخارج» كما عقد فصل عنها في بعض كتب الأحناف كالفتاوى الهندية والأشباه والنظائر.

(٣) ومن الث في الحيل من الشافعية محمد بن عبد الله الصيرفي المتوفى سنة ٣٣٠، وأبو الحسن محمد بن يحيى سراقه العامري المتوفى سنة ٤١٦، وأبو حاتم محمد بن القزويني المتوفى سنة ٤٤٠.

(٤) راجع تفصيل الموضوع في إعلام الموقعين ج ٣ من ١٧١ إلى آخر الجزء وبداية الجزء الرابع الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ٣٨٠، وقيام الدليل على بطلان التحليل لابن تيمية.



الفقهاء، وفي إجازتها ما يناقض سد الذرائع مناقضة ظاهرة، إذ سد الذرائع ينتج سد الطريق إلى المفسد والخروج عن الأحكام الشرعية، وقد فصل ابن القيم القول في أدلة تحريم هذا النوع من التحايل.

وكان المفهوم أن الذين يبنون أحكامهم على الإرادة الظاهرة وعلى رأسهم الشافعي يصححون العقود التي يكون قصد بها التحايل لأنهم لا يرتبون أحكامهم على المقاصد على ما يبناه عند الكلام على الذرائع، وعلى كل فليس هنا محل بيانه وتفصيل القول فيه.

المبحث الرابع

الاستصحاب

الاستصحاب في أصل اللغة مأخوذ من المصاحبة، فيقال استصحب الشيء جعله موجودا معه، واستصحب ما كان في الزمن الماضي جعله مصاحبا وقائما الآن، في لسان العرب : استصحب الرجل دعاه إلى الصحبة وكل من لازم شيئا فقد استصحبه.

وقد عرفه الأصوليون بتعريفات كثيرة كلها ترجع إلى معنى استبقاء حكم ثبت في الزمن الماضي للزمن الحاضر والمستقبل ما لم يطرأ ما يغيره. فكل أمر علم وجوده ثم حصل شك في عدم وجوده حكم يبقائه استصحابا للأصل والعكس^(١) فالمعنى الاصطلاحي راجع للمعنى اللغوي.

والواقع أن الدليل الذي يستند إليه الحكم إما أن يدل هو نفسه صراحة على الدوام مثل قول الله تعالى فيمن يثبت عليه أنه قذف غيره بغير حق ويقام عليه الحد: ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا﴾^(٢) فإن الآية تدل بنفسها على بقاء هذا الحكم وإهدار شهادة هؤلاء.

وإما أن يكون دالا على بقاء الحكم واستمراره إلى أن يوجد ما يرفعه ويزيله وهو بطبيعته الأصل فيه البقاء والدوام مثل الزوجية الثابتة بعقد الزواج، والملكية الثابتة بعقد البيع مثلاً، فالدليل هنا من طبيعته أن يكون دائماً، وعلى هذا لو حضرت عقد رواج صديق لك كان في وسعك أن تشهد بالزوجية ما لم يقم دليل على انتهائها.

(١) راجع للزرخشى البحر المحيط في الأصول مخطوط بدار الكتب في نهاية الجزء الثالث تقريبا، وراجع للشوكاني إرشاد الفحول ص ٢٠٨، وراجع الإسئوي في شرحه لمنهاج البيضاوي، وراجع التحرير للكمال وتيسير التحرير عليه لابن بادشاه الحسيني الخراساني ج ٤ ص ١٧٦.

(٢) سورة النور ج ١٨ / ٤.

وأما أن يدل على بقاء الحكم مدة معينة محددة في العقد كما في الإجارة والإعارة، فإن الحكم يبقى ما بقيت هذه المدة، وينتهي بانتهائها. والحقيقة أن كل هذا ليس محلاً للاستصحاب، ولا محل خلاف أو نزاع بين العلماء، ومن يستند إليها إنما يأخذ حكمه من الدليل الأصلي الذي يدل على الدوام والاستمرار أو الأصل فيه ذلك.

والنما موضع الاستصحاب في الواقع هو إذا دل الدليل الشرعي على ثبوت حكم لمسألة في الزمن الماضي دون أن يدل هو على بقاء الحكم واستمراره كما لا يوجد دليل آخر رغم البحث يدل على ذلك، فالمدين يحكم عليه بالدين بناء على الشهادة عليه بالاستدانة، ومن تزوج فتاة على أنها بكر ثم ادعى عند دخوله بها أنها غير بكر لا تقبل دعواه إلا بدليل آخر استصحاباً في البكارة بالأصل إذ هي ثابتة من حين نشأتها فيستصحب ذلك إلى حين دخول الزوج بها، ومن اشترى كلباً على أنه كلب صيد ثم ادعى أنه غير متعلم قبلت دعواه استصحاباً للأصل حتى يثبت عدم صدقه، لأن الأصل عدم معرفة الكلب للصيد دون تدريب عليه.

أنواع الاستصحاب : يتنوع الاستصحاب إلى الآتي :

(١) استصحاب الحكم الأصلي للأشياء، فالأصل في الأشياء النافعة للإنسان الإباحة ما لم يقيم دليل على خلاف ذلك، إذ كل ما يوجد في ملك الله ولم يرد في الشرع ما يدل على حكم فيه أمكن الحكم بإباحته استصحاباً للأصل المأخوذ من قول الله تعالى ^(١) : ﴿هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعاً﴾ فلو كان محظوراً عليهم لما كان مخلوقاً لهم، فمن استفتى عن حكم حيوان أو جماد أو عمل ولم يجد دليلاً شرعياً يدل على حكمه لا من الأدلة العقلية ولا النقلية، كان في وسعه أن يحكم بإباحته استصحاباً للحكم الأصلي ^(٢).

(١) سورة البقرة ج ١ آية ٢٩.

(٢) راجع لنا نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء بحث مقارن نشرته مكتبة النهضة العربية.

(ب) استصحاب عدم الأصل أو البراءة الأصلية، فإذا ادعى شخص على آخر ديناً وأنكره الآخر، ولم يستطع المدعى الإثبات : اعتبرت ذمة المدعى عليه بريئة، إذ الأصل براءة الذمة، ويقضى بذلك استصحاباً للأصل ما لم يقيم الدليل على غير ذلك، أو ادعى تاجر أنه نهى عامله عن شراء صنف معين لكنه رغم ذلك اشتراه، فأنكر العامل صدور هذا النهى ولم يقيم دليل على الدعوى، صدق العامل استصحاباً لعدم الأصل وهو هنا عدم النهى.

(ج) استصحاب ما دل الشرع على ثبوته ودوامه مثل : ما إذا اشترى شخص داراً أو ورثها، وعلمت بذلك فإن ملكيته تبقى ثابتة فى نظرك، تشهد بها - إذا طلب منك ذلك - استصحاباً للأصل حتى يقوم الدليل على العكس، ولذا قال الفقهاء، قاعدة : «ما ثبت باليقين لا يزول بالشك» فمن توخأ ثم شك فى بقاء وضوئه حكم ببقاء الوضوء استصحاباً للطهارة الثابتة باليقين^(١).

هذا وقد قسم الغزالي فى المستصفى^(٢) الاستصحاب إلى أربعة أقسام :

١ - ما دل الدليل العقلى على براءة الذمة عن الواجبات وسقوط الحرج قبل بعثة الرسول فيستصحب ذلك حتى يرد ما يغيره فيوجب شيئاً أو يحرمه. وهذا النوع هو الذى يطلق عليه الأصوليون اسم استصحاب براءة الذمة.

٢ - استصحاب العموم حتى يدل التخصيص واستصحاب النص إلى أن يرد ما ينسخه.

٣ - استصحاب حكم دل الشرع على ثبوته ودوامه، ومن هذا تكرر الوجوب واللزوم إذا تكرر السبب كتكرر وجوب صوم شهر رمضان لرؤية هلاله، ووجوب نفقة الأقارب وتكرارها عند تكرر الحاجة.

(١) بخلاف من شك فى أنه توخأ أم لا حيث يلزمه هنا الوضوء.

(٢) ج ١ ص ٢١٧.

٤ - استصحاب الإجماع فى محل الخلاف كما فى المتيّم إذا رأى الماء فى الصلاة فمضى فى صلاته استصحاباً لما انعقد عليه الإجماع من صحة صلاته حتى يدل الدليل على كون رؤية الماء ناقضة لها.

أما ابن القيم فى كتابه أعلام الموقعين^(١) فقد اعتبر الأقسام ثلاثة : استصحاب البراءة، واستصحاب الوصف المثبت للحكم حتى يثبت خلافه، واستصحاب حكم الإجماع فى محل النزاع.

موقف المذاهب من الاستصحاب : المالكية والحنابلة وأكثر الشافعية يأخذون به ويرونه حجة شرعية، لأن العرف جرى من القديم على أن الناس إذا تحققوا من وجود أمر فى الماضى غلب على ظنهم بقاءه ما دام لم يثبت ما ينافيه، والفطرة تقضى باعتبار ما كان على ما كان حتى يطرأ ما يغيره من وجود إلى عدم أو العكس، ولأن الثابت باليقين يتبقى ولا يزول بالشك.

وأكثر الأحناف وبعض الفقهاء ذهبوا إلى أن الاستصحاب لا يكفى دليلاً على بقاء الحكم، وإنما البقاء نفسه يحتاج إلى دليل جديد ولا يكتفى بدليل وجوده فى الماضى.

والتأخرون من الأحناف التجهوا إلى أن الاستصحاب حجة دافعة لا حجة مثبتة، أى أنه حجة لدفع ما يخالف الأمر الثابت بالاستصحاب، وليس حجة على إثبات أمر لم يقدّم دليل على ثبوته.

ويرى بعض الفقهاء أنه حجة على المجتهد فيما بينه وبين الله، فإنه لا يكلف إلا بما يدخل تحت مقدوره فإذا لم يجد دليلاً سواه جاز له التمسك به ولا يصح حجة على الخصم عند المناظرة.

والحق أن الاستصحاب لا يثبت حكماً جديداً ولكن يستمر به الحكم الثابت، ومع هذا فلا يجوز العمل به إلا بعد البحث عن دليل خاص بالمسألة من الأصول الأخرى. ولذا قالوا أن الاستصحاب هو آخر الأدلة الشرعية التى يفزع إليها المجتهد عند انعدام أى دليل آخر.

وقد انبنى على العمل بالاستصحاب عدة قواعد منها :

- ١ - الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره، فالمفقود^(١) تجرى عليه أحكام الأحياء فيما كان له حتى يقوم الدليل على انتفائها.
- ٢ - الأصل فى الأشياء الإباحة، ويتفرع على هذا ما قيل من صحة كل عقد أو تصرف لم يرد عن الشارع ما يدل على عدم صحته، ولذا سنجد الحنابلة يقولون: الأصل فى العقود الإباحة ما لم يثبت المنع.
- ٣ - اليقين لا يزول بالشك بحيث لا يحكم بزوال ما ثبت باليقين لمجرد الشك وقد سبق.
- ٤ - الأصل فى الذمة البراءة.

(١) المفقود هو الغائب الذى لا يدرى مكانه ولا تعلم حياته ولا وفاته، وإذا مات أحد أقاربه وكان المفقود من ورثته فلا يحكم له بملكية شيء من الميراث ولكن يوقف الأمر حتى تثبت حياته أو موته ... راجع المفقود فى كتب الفقه وانظر المادتين رقم ٢١، ٢٢ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أحوال شخصية، وراجع لنا فى ذلك الوصايا فى الفقه الإسلامى.

المبحث الخامس

المصالح الإنسانية المعتبرة وارتباط الأحكام الشرعية بها

سنتناول في هذا المبحث الكلام عن المصلحة، وابتناء الأحكام على مصالح البشر وموقف الفقهاء من اعتبار المصلحة وتغير الأحكام تبعاً لتغير المصلحة مع بيان الآراء فيما إذا كان الحكم المتغير مأخوذاً من نص أو إجماع وسنخصص لكل من الموضوعين مطلباً خاصاً به.

المطلب الأول

المصلحة وابتناء الأحكام على مصالح البشر

يراد بالمصلحة في لسان الشريعة الإسلامية جلب المنفعة ودفع المضرّة في حدود المحافظة على مقاصد الشريعة، ولا يكون ذلك إلا لمزاوِل للشرع واقف على مراميهِ من شرعية الأحكام حتى يستطيع أن يتبين اعتبار الشرع لها وصلاحيّتها لترتيب الحكم على وفقها.

والمصلحة أنواع، مصالح ملغاة قام الدليل على عدم اعتبارها وهذه لا يصح التعليق بها وابتناء الحكم عليها اتفاقاً، والواقع أن الذي ألفاها وجود مصلحة أخرى أرجح منها، فمثلاً القول بالتسوية بين الابن والبنت في الميراث لمساواتهما في البر ودرجة القرابة مصلحة ملغاة إذ بهذا تفوت مصلحة أقوى رعاها الشارع وهي مراعاة ما يلتزم به الرجل في الشرع الإسلامي من تكاليف، وكذا بالنسبة للربا والزنى.

ومصالح معتبرة يرجع معناها إلى اعتبار أمر مناسب لا يشهد له أصل معين من الشارع وقام الدليل على رعايتها واعتبارها فيجوز التعليق بها وترتيب الحكم عليها، ومن هذا جميع المصالح التي حققتها الأحكام المشروعة ضرورة كانت أو حاجية أو تحسينية، والمصالح المعتبرة يستدل بها ويقاس عليها باتفاق الفقهاء عدا من أنكروا القياس.

. ومصالح مرسله أى مطلقة تتقيد بنص يدعو إلى اعتبارها كالحالة الأولى أو عدم اعتبارها كالحالة الثانية، وإنما سكت عنها وليس لها أصل معين تقاس عليه وهذه إن كانت مصلحة ضرورية فلا نزاع فى جواز التعليل بها واعتبارها دليلا ومن هذا القول : بتضمين الصانع واشتراط تسجيل العقود فإنها مصالح عامة لم يعتبرها الشارع ولم يلغها، وقد مثل لها الغزالي فى المستصفى : بكفار تترسوا بجماعة من أسرى المسلمين فلو كففتنا عنهم لصدّمونا وغلّبونا وقتلوا كافة المسلمين، ولو رمينا الترس لقتلنا مسلما معصوما بغير ذنب. وهذا لا عهد به فى الشرع. فيجوز رمى هذا الترس حفظا لساائر المسلمين، وقد دعا إلى هذا كما يقول الغزالي مصلحة لم تؤخذ بطريقة القياس على الأصل معين.

أما إن كانت مصلحة الضرورة فيها ليست كلية فلا يجوز الحكم على أساسها من غير أن يقصدها أصل آخر، ويمثل الغزالي لذلك بأن يترس الأعداء داخل قلعة بمسلم، ويقول: فلا يحل رمى الترس إذ لا ضرورة إلى فتح القلعة.

ومن هذا يبين أن الفقهاء يشترطون للأخذ بالمصلحة أن تكون حقيقية تجلب منفعة وتدرأ مفسدة، وأن تكون عامة لا شخصية، وألا تعارض نصا أو حكما مجافيا على تفصيل بين الفقهاء فى هذا سنييه بعد.

هذا وقد تتبع الفقهاء الأحكام الشرعية فوجدوا أنها موضوعة لمصالح الناس، كما دل على ذلك القرآن الكريم فيما يدل عليه قوله تعالى (١) : ﴿وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين﴾ وأساس الرحمة جلب المنفعة ودفع المضرة وهى دائرة حول ذلك لا تتعداه.

وقد علل لنا الشارع كثيرا مما شرع بما يفيد أن التكاليف والأحكام خير للناس وبر بهم، ومن أجل ذلك وقع الاجتهاد فى الأحكام الشرعية والقياس على ما لم

(١) سورة الانبياء الآية ١٠٧ .



ينص على حكمه للاشتراك فى الوصف الذى يناسب الشرع الحكم على مقتضاه.

ويقولون إن مقاصد الشريعة فى الخلق ثلاثة أقسام وقد سبق الإشارة إليها وهى :

١ - ضرورة لا بد منها فى قيام مصالح الدين والدنيا بحيث إذا فقدت لم تهر مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهاجر، ومن ذلك أصول العبادات التى ترجع إلى حفظ الدين، والعبادات التى ترجع إلى حفظ النفس والعقل كتناول ما يحفظ البدن، والمعاملات التى ترجع إلى حفظ النسل والمال وإلى حفظ النفس والعقل كذلك، وقالوا إن مجموع الضروريات فى التشريعات كلها خمسة. حفظ الدين والنفس والمال، والنسل والعقل.

٢ - حاجة : وهى التى يفتقر الناس إليها من حيث التوسعة ودفع الضرر كالرخص المخففة لبعض العبادات فى بعض المناسبات، وكإباحة الصيد والتسمتع بالطيبات وكالقرض والسلم والقسامة وإلزام العاقلة بالدية.

٣ - تحسينية : وهى ترجع إلى قسم مكارم الاخلاق التى هى دعامة الحياة الصالحة ومنها الطهارة وستر العورة وأخذ الزينة وتجنب الإسراف والإقتار. هذا ما ترجع إليه مقاصد الشريعة الإسلامية، وكلها أمور معقولة المعنى لو خلى العقل الكامل المنتزه ونفسه قبل اطلاعه على مشروعية الأحكام لوصل إلى معرفة الكثير منها وامتدّى إلى اقتراحه لها، ولذا حكم الفلاسفة بكثير مما يمكن إدراكه بالعقل استقلاً والحكم به دون توقف على ورود الشرع بها مما أطلق عليه علماء الأصول والعقائد بالتحسين والتقييح العقلين.

فأحكام الشريعة الإسلامية دائرة فى هذا المجال، ولذا لم يقف فقهاء الصحابة وأئمة الإسلام جامدين بعد عصر النبوة الذى كانت الأحكام فيه فى جملتها بطريق النقل من الشارع الحكيم، فلما صادفتهم مسألة الخلافة الإسلامية

بعد وفاة الرسول ﷺ واجهونا من زاوية المصلحة، فبايعوا أبا بكر لأن النبي رضىه لإمامة الصلاة وهى أساس الدين، وذلك يقتضى أن يرتضوه لشئون دنياهم لأن الدين أقوى منها على ما سبق. ولما كثر القتل فى القراء فى بعض المواقع فى خلافة أبى بكر خاف عمر أن يذهب كثير من القراء فاقترح على أبى بكر أن يأمر بجمع القرآن، فأمر بعد تردد وقال : «هو والله خير» على ما بيناه قبل. ومعنى ذلك أن الخير مطلوب فى الإسلام لذاته ولو لم يرد فيه نص، والخير هو المصلحة، وكذلك ما كان فى عهد عثمان من تدوين للقرآن وتوزيع نسخ منه على الأمصار وإحراق ما كان عند الأفراد من نسخ خاصة، فإنه مبنى على المصلحة أيضا، وقد سلك بها المسلمون ذلك المسلك وإن اختلفت وجهات النظر فى تصويرها وتقديرها والتوسع فى الأخذ بها، وذلك كله أيضا فى دائرة المصلحة التى يهتدى إليها كل فقيه ومجتهد.

مسلك الشروع يدفع إلحاح اعتبار المصلحة :

الواقع أن اعتبار المصلحة هو المشغل الذى أضواء السبيل لفقهاء الإسلام فاستطاعوا أن يجتهدوا على ضوئه وأن يسيروا فى التصرف على مقتضاه، ومن نظر فى تشريع القرآن للأحكام وجد أنه كثيرا ما يسلك بها مسلك التعليل الذى يطمئن النفوس بالأحكام والذى يوسع الأفق لاستخراج كثير من المجهولات.

فهناك كما أشرنا أحكام عديدة معللة صراحة أو إيماء فى الكتاب والسنة، فآية تحريم الخمر والميسر تفيد أنهما رجس من عمل الشيطان ثم تنهى عنهما، وفى آية الصوم وبعض أنواع الرخص يذكر الله سبحانه أنه يريد بنا اليسر لا العسر. وفى آية الاستئذان قبل الدخول على الأجانب يقول الله ما يفيد أن ذلك أركى للناس وأطهر لقلوبهم، وأمر النبي بالانحياز فى أموال اليتيم جاء معللا بأنها إذا تركت دون استغلال أكلتها الزكاة. وهكذا نجد الكثير من الأحكام التى جاء بها التشريع الإسلامى معللة بالعلل، منوطة بالمصالح والحكم، فما جرى عليه عمل الصحابة والتابعين فى تعرفهم على الأحكام إنما هو أثر من آثار تلك اللغات الحكيمة فى كتاب الله وسنة رسوله.

وفى ضوء ذلك التوجيه الحكيم يذهب المحققون من العلماء إلى أن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما، ولا بد أن تشمل العلة على المصلحة أو المفسدة التي تناسب شرع الحكم أمرا أو نهيا أو إباحة.

حتى أن بعض الناس فهم أن ذلك معنى مطرد في جميع الأحكام ولو كانت منصوفا عليها، وذهبوا إلى جوار مخالفة النص تمثيلا مع تغير وجه المصلحة، واستدلوا لذلك بما سبق إلى ذهنهم من تصرفات بعض الصحابة أو التابعين. فقالوا: إنهم كانوا يغيرون الحكم لتغير الوصف المنصوص، وفهموا ذلك فيما فعل عمر ابن الخطاب في أمر المؤلفات قلوبهم، وزعموا أن عمر خالف النص الذي جعل لهم سهما في الزكاة إذ أبطل هذا السهم، وإن كان الواقع أن عمر منع إعطائهم لأن وصف التأليف المذكور في النص لا يكون معتبرا إلا عند حاجة الإسلام إليهم، فإذا عز الإسلام فلا تأليف فلا صدقة، فقد جعل الحكم المنصوص مرتبطا بالصفة المنصوصة وهي التأليف، وهو فقه دقيق لأن الله لم يذكر أشخاصا بأعيانهم وإنما ذكر وصفا وهو التأليف فيرتفع الحكم بارتفاعه. فعمر لم يعطل نصا وإنما فسره بما ربط الحكم بالبائع وهو الحكمة المناسبة والمصلحة المستترة، وقد وافقه أبو بكر وأقره الصحابة فصار إجماعا على اعتبار المصلحة.

الآراء في اعتبار المصلحة ،

لعلك رأيت روح الشريعة الإسلامية في بناء تشريعاتها على الحكمة المتمثلة في اعتبار مصالح العباد بجلب ما يصلحهم ودفع ما يضرهم، وأن الشارع الحكيم وجه إلى ذلك المعنى فيما سلكه من تعليل للأحكام أحيانا، ومن وضع قواعد تدل على ذلك، ومن سلوكه بهالك التعميم والإطلاق في كثير من الأحكام ولا سيما ما يتعلق منها بالمعاملات، ومن سلوك الصحابة وكثرة من الفقهاء المتقدمين ذلك المسلك من ربط الأحكام بما يؤدي إليها ويقتضيها من شئون العباد دون تعارض مع روح الإسلام واتجاهه.

على أن الأصوليين في هذا المقام يوردون خلافا في اعتبارها أصلا من أصول التشريع يمكن أن يستقل بترتيب الحكم عليه، ويكثر كلامهم في ذلك، وخلاصته:

أن منهم من يرفضها رأسا لما يترتب على اعتبارها من فتح باب الأهواء. وزعماء هذا المذهب الظاهرية الذين يلتزمون ظواهر النصوص، والشيعة الذين يقولون بعصمة أئمتهم، ويستدل أصحاب هذا الاتجاه بأنه شيء لا دليل عليه من الأصول المعتبرة في الاستدلال، فيجب رفضه لأنها ترجع إلى التشريع بالرأى إذا لم تكن مأخوذة من الشارع فتعم الفوضى، ويمكن الرد على هؤلاء بأن الأدلة قامت على اعتبار المصلحة وإن لم تستند إلى أصل معين^(١).

ومنهم من يقبلها بتوسع على تفاوت بينهم ولو خالفت النصوص في غير العبادات والمقدرات ما دامت لا تختلف مع قواعد الدين ونظرياته، ومن أشهر هؤلاء نجم الدين الطوفى، ويستدل هؤلاء بأن ذلك من محاسن الشريعة التي تكفل بقاءها وتعالج مشاكل الحياة على تشعبها وتفاوتها ما دامت وصفا معتبرا غير مخالف لأصول الفقه وقواعده، وما لم تكن من المقدرات والحدود والعبادات، كما استدلل نجم الدين الطوفى بحديث لا ضرر ولا ضرار، وهو عمدته فيما يظهر في الاستدلال، ويقول إنه يقتضى رعاية المصالح إثباتا والمفاسد نفيا لأن الضرر يستلزم إثبات النفع بلا واسطة.

ثم يقول: إن النص والإجماع قد يخالفان المصلحة فليس بلام أن تكون المصلحة حيث يكونان^(٢). وهذا يقتضى عدم تقديم رعاية المصلحة على النص والإجماع إذا خالفهما، ورأى أن ذلك ليس افتياتا عليهما بل هو تخصيص وبيان لهما. كما تقدم السنة على القرآن بطريق البيان، ويرى أنه يجب رعاية المصلحة وتقديمها على الإجماع وعلى غيره من أدلة الشرع عند التعارض بطريق البيان، وليس في تقديمها معارضة ولا معاندة، بل فيه توحيد لطرق الحكم ومنع للخلاف وهذا أولى من الخلاف، فلما تعددت المصالح وتعذر تحصيل ما زاد على واحدة منها حصل الأهم، ومثل ذلك في درء المفاسد.

(١) الموافقات للشاطبي ج ٢ ص ١٦. (٢) المصلحة للدكتور مصطفى زيد ص ١١٧.

ويتهى إلى أن المقصود من التشريع إنما هو تحقيق المصلحة، وباقي الأدلة تعتبر كالوسائل لإمكان التوصل إلى المصالح الحقيقية لبنى البشر، والمقاصد أحق بالرعاية من الوسائل.

ونحن لا ننكر أن للمصلحة في الدين اعتبارها وأهميتها، ولكننا ننكر تقديمها على الأدلة الأخرى بزعم أنها قد تخالفها وهذا زعم فيه بشاعة فإن الشارع الذى يجعل المصلحة عمدة التشريع كما يعترف الطوفى نفسه لا يعقل أن تشتمل أحكامه على ضرر، على أن حديث «لا ضرر ولا ضرار» مع افتراض وجود هذا النوع من الضرر أحيانا يخصص النص الذى يترتب على إعماله ضرر فهو مقدم عند التعارض مع أى دليل آخر، لأنه من المحكمات التى هى من أمهات الدين وإليها يرجع عند الشك وإرادة الترجيح، وبهذا يندفع قول الطوفى إن المصلحة تخصص النصوص أو تبينها - لأن المخصص هو الحديث.

ولعل أضعف ما قاله الطوفى أن رعاية المصلحة بوجه عام مما يوحد الحكم ويمنع الخلاف مع أنها قد تدعو إلى الخلاف، أكثر مما يدعو إليه النظر فى النصوص فإن وجهات المصلحة والمفسدة كثيرة متشعبة وأبواب الأهواء والأغراض عن طريقها فسيحة متعددة. على أنه ينبغى فيما نرى ملاحظة أنها وصف معتبر شرعا لا يختلف مع قواعد الدين ونظرياته وإلا لم تعتبر ولو كان فيها مصلحة وهمية فى بعض الأذهان.

ومنهم من توسط فى العمل بها فيشترط ألا تتعارض مع نص من النصوص وأن يكون الوصف مناسبا للحكم مؤديا إليه بحيث لو أضيف الحكم إليه كان معقول الربط كما لو قلت حرّم المخدر لأنه يؤذى البدن والمال، وكذلك الأكل إلى ما فوق الشبع، وأن الوصف مما نص الشارع على اعتباره كالسفر والمرض والقذف، والزنى وشرب الخمر فإنه تترتب عليها أحكام ربما تغير بعضها لزيادة الردع من غير مناقضة لمقاصد الشرع، فإن لم يكن منصوصا عليه فلا أقل من أن يكون مسكوتا عنه، كما إذا امتنع المتهم عن الإقرار بفعله، وكمجون المفتى

وإفلاس المكارى. فقد رتب بعض الفقهاء على ذلك بعض الأحكام التى تختلف باختلاف النظر^(١).

وقد اشتهر القول بالتوسط واعتبار القيود المذكورة فى المصلحة عن الإمام مالك وأصحابه مع بعض اختلاف فى تصويره، وهذا رأى فى المصلحة هو مذهب الحنابلة الذى تزعم السير فى منهاجه هنا إمامان جليلان هما ابن تيمية وتلميذه ابن القيم، ونقلت عنهما عبارات صريحة فيه^(٢).

ونحن نختار اعتبار المصلحة المرسله و الاعتماد عليها ما دامت لا تصادم نصا ولا إجماعا كما هو مذهب مالك وأحمد. غير أننا نرى أنه لا داعى لما اشترط البعض من وقوع الشبه بين المصلحة التى يراد إعمالها وبين النصوص لأن وجوه الشبه كثيرة، بل يكفى القول بعدم مصادمتها للأصول الأخرى ولا معارضتها للنصوص. وإليك جملة من الأدلة التى تؤيد اختيارنا:

أولا : القرآن يبين كثيرا مما فى المشروعات من المصالح بماتدل عليه التعليقات التى أشرنا إلى بعضها قبل، هذا إلى ما فيه من آيات تدل على قواعد عامة تتناول تقدير المصلحة واعتبارها كالأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذى القربى والنهى عن الفحشاء والمنكر والبغى.

ثانيا : السنة النبوية، وهى أيضا حافلة بالتعليقات والقواعد المختلفة كحديث «لا ضرر ولا ضرار» وحديث «أحب عباد الله إلى الله أنفعهم لعباده»، وحديث «لا تحقرن من المعروف شيئا ولو أن تغرغ من دلوك فى إنا المستقى».

(١) وقد قال أبو حنيفة بالحجر على كل من المفتى الماجن والمكارى الفلاس والطبيب الجاهل دفعا لإفسادهم، وقال أحمد فيمن يشرب الخمر فى نهار رمضان يعزيره بتغليظ الحد.

(٢) المصلحة ص ٥٦ للدكتور مصطفى زيد، وفى هذا يقول الشاطبى فى المواقفات ج ٢ «إننا نختار المصلحة المقيدة وهى مضبوطة عند الأشاعرة باستقراء موارد الشريعة فى أبواب الفقه فإذا وجدت مصلحة تشبه المنصوص عليها اعتبرت وإلا أهدرت».

كما أن النبي كان يهتم بالأمر فيمنعه من تنفيذه ما يخشى من ترتب ضرر كما في حديث «لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم بالسواك» وكثيرا ما تلمس بعض الصحابة من النبي الترخيص بما يتخففون به فيرخص لهم به بمقتضى الوحي، وكل ذلك ينبه على مقاصد الشريعة، وأن حكم الله حيث المصلحة والخير.

ثالثا : الإجماع. فكثيرا ما اتفق الصحابة على الفتيا بالمصلحة وكانت ربما خالفت بعض ظواهر النصوص على ما بينا قبل.

رابعا : العقل. فإنه يقضى بأن الله اعتبر مصالح عباده منذ خلقهم وسخر لهم الكائنات، فمن المحال أن يحرمهم تلك الرحمة في أحكامه التي ما وضعت إلا لسعادة البشر، فإهمال المصلحة قد يدع بعض الأعمال معطلة على ما فيه من مخالفة للمنطق السليم.

ما نراه في موقف أبي حنيفة والشافعية من المصلحة :

إذا كان ينسب للإمام أبي حنيفة أنه لا يقول بالمصلحة فهذا محمول على ما يخالف اتجاه الشرع، وإلا فإن كثيرا من الفروع في مذهبه جاءت وفق المصلحة، وقد قرر محمد بن الحسن بأن أحكام المعاملات تدور مع المصلحة وجودا وعدما، فنهى عن تلقى السلع إذا ضر ذلك بمصالح الناس، ويبيحه إذا كثرت السلع في الأسواق وانتفى الضرر، على أن البعض يرى الاستحسان الذي توسع في الأخذ به الأحناف ما هو إلا رعاية للمصلحة.

أما ما ينسب إلى الشافعية من أنه قد أنكر المصلحة وعبر عنها أحيانا بالاستحسان، فينبغي تفسير ذلك بأنه ينكر المصلحة غير المعتبرة من الشارع مما يجر إلى الحكم بمجرد الهوى، أما إذا كانت في حدود ما أوردنا من مساهمة مصالح الناس على وفق قواعد الشرع فإنه في الحقيقة لا ينكرها كما تفيد النقول عن بعض الشافعية، فهذا الجوهري ينقل عنه أنه يتمسك بالمعنى - المصلحة - وإن لم يستند إلى أصل على شرط ألا يعتمد على الأصول الثابتة ويقول : إن ذلك هو المعروف في مذهب الشافعية.

وكذلك يقول الغزالي^(١) الشافعي : إن المصلحة قد تخصص العموم عند الحاجة فيذهب في قول النبي «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله» إنه مجال للاجتهاد، وأنه لا يبعد قتل الزنديق إذا تاب لأنه يرى التوبة من الزنادقة، ويقول : «إن ذلك يرجع إلى استعمال مصلحة في تخصيص عموم».

ويقول عز الدين بن عبد السلام الفقيه الشافعي^(٢) : «إن من تتبع مقاصد الشرع في جلب المصالح ودرء المفسد حصل له من مجموع ذلك اعتقاد أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها، وأن هذه المصلحة لا يجوز قربانها إن لم يكن فيها إجماع ولا نص ولا قياس خاص، فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك».

وهذه النقول تدل على أن القول بنفي المصلحة والاستحسان في المذهب الشافعي يراد به ما يؤدي إلى الميل والهوى الشخصي، وأن القول بها عندهم يراد به الوصف المعتبر في الشرع المبني على الاجتهاد، كما أن في المذهب فروعاً كثيرة لا مستند لها إلا المصلحة. على أن الشافعي نفسه قد عدل مذهبه القديم إلى آخر بحجة اختلاف البلاد وأن شئونهم تختلف فتختلف الأحكام.

ما ينتجه النظر في مختلف الأقوال الفقهية ،

والواقع أن من ينظر في الأحكام الفقهية والكتب المؤلفة في مختلف المذاهب عدا الظاهرية والشيعة يجدها تموج بالاختلافات المتكررة وأساس الكثرة منها رعاية مصالح الناس وربط الأحكام بها ربطاً يختلف باختلاف أنظار الفقهاء في كل زمان ومكان بحسب اجتهاد الأئمة وتابعيهم على مر العصور من غير تكبر، وكان لابد من هذا حتى لا تقف الشريعة جامدة أمام الشئون، وحتى يقوم الدليل على أن الإسلام دين عام شامل ومن أجل ذلك ادعى القرآني أن القول بالمصلحة عام في جميع المذاهب وليس خاصاً بالمالكية.

(١) المستصفى ج ١ ص ٢٩٨ - ٢٩٩.

(٢) قواعد الأحكام ج ٢ ص ١٨١



ودعوى القرافى وإن خالفت ما هو مستفيض فى كتب الأصول من اختلاف الفقهاء فى الأخذ بها على ما بينا فإن ذلك ربما كان يرجع إلى عدم تحديد اللفظ تحديدا دقيقا يلم شمل الخلاف، ولعل من نسب إليهم من الفقهاء إنكار الاعتماد على المصلحة كانوا متأثرين بما كانوا يشفقون منه على الدين من اندفاع بعض المنتسبين إلى الفقه الإسلامى وراء الهوى ورغبات الحكام بدعوى ابتناء فتاويهم هذه على المصلحة.

المطلب الثانى

تغير الأحكام تبعا لتغير المصلحة

المقصود بالتبديل هنا الانتقال من حكم - غير تعبدى ولا من المقدرات - كان معمولا به إلى حكم آخر مغاير له يحقق مصلحة طارئة تقتضى القول به والعدول إليه، أما الأحكام التعبدية وما ألحق بها فإن الفقهاء مجمعون على أنها لا تقبل تبديلا ولا تغييرا بحال لأنها أحكام توقيفية حتى مع ذكر حكمة مشروعتها وهى تختلف مع أحكام المعاملات ونحوها مما هو مبنى على مصالح العباد وحاجاتهم. فإن الأحكام بالنسبة لها مرتبطة بالمعانى والآثار التى أتت عليها، ولذا جاءت النصوص فيها مجملة وعامة فى حدود القواعد الكلية. فكانت خاضعة للمصالح ومرتبطة بها، ولهذا ذهب فريق من الفقهاء إلى جواز تبديل أحكامها وإن وجدت نصوص مخالفة لها أو وجد إجماع يختلف فى الظاهر مع هذا لأن الحكم فيها يدور مع العلة والمقصد وجودا وعدما، فافتروا ببعض أحكام تخالف منطوق النص.

على أن جمهور الفقهاء يخصون التبديل بالأحكام التى لم يرد فيها نص ولا إجماع صحيح، وهذا ما نؤيده فى الجملة سدا لباب التلاعب وتحكيم الهوى والغرض، وإليك ما يؤيد القول بالتبديل بصفة عامة عند اقتضاء المصلحة له مما أورده من فهموا روح الشريعة ومراميها من الفقهاء والباحثين.

يقول ابن القيم : «إن تغير الفتوى بحسب الامكنة والأحوال والنيات والعوائد معنى عظيم النفع جدا، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة .. ما يفيد أن هذه الشريعة لا يعقل أن تأتى به».

وهذا النقل يؤيد ما نقول من أنه لا بد من تبديل الأحكام المبنية على المصلحة حتى لا يكون هناك انفصال بين الأحكام وشئون الناس ومصالحهم؛ فإن ذلك الانفصال لا يتفق مع العقيدة الإسلامية التى هى معلومة من الدين بالضرورة من أن الشريعة صالحة لكل زمان ومكان، فكان لا بد أن تساير شئون الناس ومصالحهم، وما دام ذلك متفقا مع روح الشريعة ومسايرا لما يفهمه الأئمة والفقهاء من اتجاهاتها التى أساسها تحقيق اليسر على الناس ورفع الحرج عنهم، وذلك لا يتحقق إذا التزم القول بحكم كان مبنيا على معنى من المعانى ثم تغير ذلك المعنى وحدث معنى يقتضى خلافه من الأحكام.

وينقل الزيلعى الحنفى عن فقهاء «بلخ» أن الأحكام قد تختلف باختلاف الأزمان، ويقول القرافى المالكى إن الجمود على المنقولات أبدا ضلال فى الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف.

على أن الشارع فى تصرفاته منذ كان ينزل القرآن هو الذى رسم لنا تلك الخطة بالتغيير فى الأحكام بالنسخ لبعضها والتدرج فى تشريعها مسaire لمصالح الناس بالأخف والأيسر عند الحاجة، أو انتقالا إلى الأشق كذلك عند الحاجة تثبيتا للنفوس ومقاومة لما فيها من رجونات قد تهر إلى فساد الاختلاف والعداوة، وأن فى هذا التصرف لتعليما لولاء الأمر من الحكماء والعلماء أن يسلكوا مسلك هذا التصرف، وأن يتخلوا من حكمة الشارع حكمة تمكن الناس من خلافة الله فى الأرض بالتماس ما يصلحهم والدوران حول ما تتطلبه حاجاتهم ومنافعهم، ومع هذا فإن النسخ فى الأحكام والتدرج فى تشريعها من اختصاصات المشرع ومن الأمور التى لا تكون إلا فى فترة الوحي ولا تقع بعدها.

ثم إن فيما تصوره السنة النبوية من ذلك ما يركز في نفس الفقيه أن الحكم المجتهد فيه لا ينبغي أن يكون لازماً على الناس لا يقبل تحويلاً ولا تبديلاً، فقد روى أحمد وغيره أن علياً قال : يا رسول الله إذا بعثتني في شيء أكون كالسكة^(١) المحمّاة أم الشاهد يرى ما لا يرى الغائب؟ فقال الرسول : بل الشاهد يرى ما لا يرى الغائب! وهذا يدل على أن مراعاة المصلحة أمر له خطره ويسمح بالتصرف حتى في أثناء نزول الوحي، ما دام الشخص في مكان تدعو ظروفه إلى التصرف، ويا لها من سماحة ويسر!!

وقد روى أن الإمام علياً بذل حكماً يتصل بتضمين الصناعات، فقال بجوار التضمين ما لم يقدّم الصانع بيينة على أنه لم يتعد، وكان الحكم قبل ذلك بعدم تضمينهم لأن يدهم يد أمانة ويد الأمين غير ضامنة، وإنما عدل الإمام على عنه لأنه رأى الناس لا يحتاطون في حفظ الأمانات وربما أدى ذلك إلى ضياع بعض الأموال وإيجاد العداوة والشحناء بين الناس.

كما روى أن عثمان بن عفان أمر بالتقاط ضوال الإبل وبيعها، فلما جاء صاحبها أعطى ثمنها، كما أن الرسول كما في البخاري سئل عن ضالة الإبل هل يلتقطها من يراها؟ فنهى صلوات الله عليه عن التقاطها لأنه لا يخشى عليها وأمر بتركها ترد الماء وترعى الكلا، وكان الحكم على ذلك حتى خلافة عثمان، فلما رأى الناس قد دب إليهم فساد الأخلاق وامتدت أيديهم إلى الحرام بذل الحكم وهو في الحقيقة لم يترك النص ولم يعطله تقديماً للمصلحة عليه، وإنما بنى الحكم على مقصود النص فلو أبقي الحكم على ما كان مع ما لاحظته من فساد أخلاق الناس لآل الأمر إلى عكس المقصود من النص الذي يتضح أنه مبني على رعاية أحوال الناس وأخلاقهم في ذلك الحين^(٢).

وهكذا من تتبع تصرفات الصحابة وعلى رأسهم عمر الذي طالما غير بعض الأحكام إلى ما يرى أنه مصلحة مع تفسيره النصوص تفسيراً يتفق مع المصلحة وإن

(١) الحديدة التي تسك عليها النقود، والمعنى : أكون كالألة فلا أتصرف بما تتطلبه المصلحة والظروف.

(٢) انظر في هذا الفقه الاسلامي في: نهج الجديد للأستاذ مصطفى الزرقا ص ٩٢٣.

كان ظاهره قد يشمر بالمخالفة كما فى منع سهم المؤلفه قلوبهم، ومنع تسليم الارض المفتوحة إلى الغزاة المحاربين، ومعاقبة الناس بإعمال عباراتهم وإيقاع الطلاق الثلاث بلفظ واحد، ومنع خروج النساء إلى المساجد، عدولا عن الأحكام السابقة تحقيقا للمصلحة.

وقد درج التابعون على ذلك فافتوا بجوار التسعير مع نهى الرسول عن ذلك، وقالوا: إن الناس فجروا بما أصابهم من الجشع، فأراد الفقهاء مقاومة ذلك عملا بالحديث الشريف «لا ضرر ولا ضرار» الذى يقتضى بعمومه العمل على رفع الغبن ومقاومته، وفى هذا يقول ابن القيم : إن نهى النبى عن التسعير لعدم وجود ما يقتضيه ولو كان هناك مقتضى لفعله، كما أفتوا برد شهادة الآباء للأبناء والأخ لآخيه وأحد الزوجين للآخر مع تحييز هذه الشهادة من قبل، وإنما قالوا ذلك لما ظهر التزوير فى الشهادة من هؤلاء لهؤلاء.

ثم جاء الأئمة المجتهدون بعد ذلك فدرجوا عليه وساروا فى نهجه، فافتى أبو حنيفة ومالك بجوار دفع الزكاة لبنى هاشم، وفهموا أن النص الذى يحرم الزكاة عليهم لم يكن على إطلاقه ولكنه مقيد بأخذ نصيبتهم من بيت المال، فلما زال القيد زال التحريم منعا للضرر وتطبيقا لحديث لا ضرر ولا ضرر، وليس فى هذا تقديم للمصلحة على النص وإنما هو تصرف فى تفسير النص.

ثم جاء بعض تلاميذ الأئمة فافتوا فى كثير من المسائل الفقهية بعكس ما أفتى به أئمتهم، وقالوا : إنه اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان، أو إنه اختلاف الزمان وفساد الأخلاق حتى وضع الفقهاء قاعدة «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان».

ومن ذلك اختلافهم فيما يكون منه الإكراه فنقل عن أبى حنيفة أن الذى له القدرة على الإلزام والإكراه بطريق الجبر والتهديد هو السلطان فهو وحده الذى يملك تنفيذ ما توعد به، ونقل عن الصاحبين أن الإكراه يتحقق من السلطان وغيره



لأن الأساس فيه أن يقع الشخص تحت تهديد الغير وبطشه ما دام قد غلب على ظنه جديته.

ثم قال الفقهاء إن هذا الخلاف منشؤه أن زمن الإمام لم يكن لغير السلطان قدرة على الإكراه لشدة استتباب الأمن ثم تغير الحال فى زمانهما وأخذوا برأى الصاحبين ونصوا على أن ما قاله الإمام يرجع إلى اختلاف الزمان.

ومن ذلك اختلاف الإمام وصاحبيه فى تعديل الشهود لتحقيق العدالة المطلوبة فى الشهادة، فالإمام لا يشترط ذلك لأنه كان فى عصر تغلب فيه العدالة فلم يشترط التعديل إلا فى الحدود والقصاص لابتناء أمرهما على الدقة والدرء بالشبهة، وأما الصاحبان فقد اشترطا التعديل لكل شهادة لما رأياه من فساد الزمان، ثم جاء المتأخرون ولاحظوا ندرة العدالة الكاملة، ووجدوا أن القاضى إذا تطلب دائما نصاب العدالة الشرعية فى الشهود شق الأمر على المكلف بإقامة البيعة مما قد يترتب عليه عجزه عن الإثبات وضياح حقه فأفتوا بقبول شهادة الأمثل فالأمثل. أى أنهم تنازلوا عن شرط العدالة المطلقة إلى العدالة النسبية.

ويقول ابن عابدين الفقيه الحنفى المتأخر : إن الأحكام المبينة على العرف يجرى فيها التغير بتغير العرف، فقد كانت العطايا الكافية تعطى للمشتغلين بتعليم القرآن مما جعل أبا حنيفة يمنع إعطاء الأجر على تعليم القرآن ونحوه، فلما انقطعت هذه العطايا بعد ذلك أفتى المتأخرون بجواز إعطاء الأجر على القيام ببعض الأعمال الدينية كالإمامة وخطبة الجمعة وتعليم القرآن والعلم حرصا على إقامة الشعائر الدينية بين الناس ونشر علوم الدين.

والمعروف فى المذهب الحنفى أن المنافع ليست بأموال فلا تقوم فى ذاتها وإنما يقومها عقد الإجارة على ما سيأتى فلا تضمن منفعة العين المغصوبة مدة الغصب، لكن المتأخرين أفتوا بالتضمنين إذا كان المغصوب مال وقف أو يتيم أو مالا معدا للاستغلال، وقد لاحظوا فى ذلك ضعف الوارع الدينى وتجرؤ الناس على الغصب.

ويمكن تعميم التضمين وعدم قصره على هذه الامور نظرا لاردياد فساد الذمم وكثرة الطمع والاعتداء على حقوق الغير.

ويقول ابن حبيب الفقيه المالكي في مسألة تسعير السلع : ينبغي للإمام أن يجمع وجوه أهل السوق ويحضر غيرهم استظهارا على صدقهم فيسألهم عن البيع والشراء والأسعار ويسعر بما فيه رضاهم ورضا العامة حتى لا يضر الفريقين.

وينقل ابن قدامة الحنبلي أن الإمام أحمد جورٌ تخصيص بعض الأولاد بالهبة لمعنى يقتضى ذلك مثل زيادة الحاجة أو لزمانة أو عمى أو اشتغال بطلب العلم، مع ورود النهى عن التفضيل من غير تفصيل، كما نقل عنه جوار إجارة الفحل من البقر ونحوه لتلقيح إنائه لأن الحاجة تدعو إليه، مع أن الرسول نهى عن ذلك.

وأما الإمام الشافعى فقد رجع هو نفسه عن كثير من أحكامه لا لظهور خطئها ولكن عدولا إلى ما يتناسب مع عرف طارئ أو عادة محكمة، ولذا فإن مذهبه الجديد أساس المغايرة فيه تأثره بما شاهد فى مصر من تغير فى الظروف والأحوال.

على أن تغير الزمان المقتضى لتغير بعض الأحكام قد يكون ناشئا عن فساد الأخلاق وضعف الوارع الدينى مما يسميه الفقهاء بفساد الزمان، وقد يكون ناشئا عن حدوث أوضاع تنظيمية اقتضتها أساليب الحياة، ومن هذا قصر إعطاء الأمان على الوالى مع أنه كان يباح للأفراد إعطاؤه ووجوب تدوين السنة والعلوم بعد أن كان ذلك مباحا بل ورد عن الرسول النهى عن تدوين السنة وامتنع الخلفاء والصحابة لفترة طويلة عن جمعها وتدوينها، وإن كان التحقيق على ما بيناه فى موضعه أن النهى كان خاصا بكتاب الوحي فى عصر نزول القرآن.

ومن ذلك فى عصرنا الاكتفاء فى بيان العقار المبيع بذكر رقم العقار ومساحته مع أنه كان لابد من ذكر الحدود، وكذا فإن الاجتهاد القضائى استقر على اعتبار تسليم العقار المبيع حاصلًا بمجرد تسجيل العقد فينقل ضمان هلاك المبيع من عهدة البائع إلى عهدة المشتري من تاريخ التسجيل، مع أن التسليم كان قديما لابد فيه من التسليم الفعلى أو التمكين منه، ولا ينتقل ضمان الهلاك إلا بهذا، فحدث هذه الأوضاع التنظيمية يقتضى ولا شك أن يتبدل الحكم الفقهى الاجتهادى عما كان عليه من قبل، يقول ابن عابدين فى رسالة نشر العرف : «كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو لفساد أهل الزمان».

الأحكام التى تتبدل بتغير الزمان ،

الأحكام التعبدية وما ألحق بها من المقدرات الشرعية لا تقبل التبدل مطلقا مهما تبدل المكان وتعاقب الزمان، وأما ما عداها من الأحكام المتعلقة بمعاملات الناس وأمور دنياهم فإن ما ثبت منها بدليل واضح من الكتاب أو السنة الصحيحة فإن كثرة الفقهاء الأئمة يصرحون بالوقوف عندها.

على أن طائفة من الكاتبين فى هذا المقام قديما أو حديثا يوردون بعض جزئيات من صور التبدل ويذكرون فى بعضها أنه جاء على خلاف ما تقتضيه النصوص، والواقع - كما هو واضح لنا - أنه يمكن رد ذلك إلى تفسير فى النصوص على مقتضى ما تدعو إليه من دلالات الالفاظ التى تختلف باختلاف ظروفها وقرائنها كدلالة المفاهيم وما إليها مما يمكن أن يوجد فى الفاظ الكتاب والسنة ثروة تسمح للمجتهد أن يتصرف فى فهمها فى دائرة تلك الدلالات التى بينت مواضعها من كتب أصول الفقه.

وبناء على هذا نستطيع القول بأن من ذكر خلافا فى هذا المقام فإن نظرتة إليه نظرة ظاهرية غير فاحصة ولا عميقة، فإننى أتجه كما قلت وكررت إلى تأييد القول بعدم جواز تبدل الأحكام الثابتة بالنص لأنه

بالتأمل فيما نقل عن الصحابة والتابعين وبعض الأئمة مشعرا بمخالفته لبعض النصوص، يظهر أنه ليس فيها تبديل للنص ولا خروج عليه، وإليك بيان ذلك في بعض الجزئيات على سبيل المثال والتوجيه^(١):

١ - شرب الوليد بن عقبة الخمر وهو أمير على جيش في أرض الروم وثبت عليه ذلك فأشار بعضهم بإقامة الحد عليه فتصدى لهم حذيفة بن اليمان وقال : أتحدون أميركم وقد دنوتم من العدو فيطعموكم فيكم؟ فكفوا عما كانوا يفكرون فيه.

وليس في هذه الواقعة كما يبدو لي ما يدل على المدعى من تبديل الحكم منصوص عليه لأنه لم يثبت امتناعهم عن إقامة الحد نهائيا إذ من الجائز أن يكون قد أرجىء لأنه هو الأمير الذي يملك إقامة الحد، ولأنهم في أرض العدو، وقد نهى النبي عن إقامة حد السرقة في أرض العدو حيث قال : «لا تقطع الأيدي في الغزو» وعلمه كبار الصحابة بأن المنع لما يترتب على فعله من ضرر أكبر لكلحق المرتكب للجريمة بالعدو حمية وغضبا فليكن حد الشرب مقيسا على حد السرقة في هذا للاشتراك في العلة، فالنبي خصص من عموم إقامة الحد نوعا خاصا بما كان في أرض العدو أثناء الغزو وذلك التخصيص وإن كان في جزئية السرقة فإنه يقاس عليها ما يشبهها فكان ذلك قياسا مخصصا لما أجمع عليه الصحابة من إقامة الحد على شارب الخمر لا مخالفا له، بل هو في الحقيقة عمل بالإجماع الذي دل على أنه لا تقام الحدود في أرض العدو كما أفاد كلام ابن القيم في نقله الذي يقول فيه : «قد نص أحمد وإسحق بن راهويه والأوزاعي وغيرهم من علماء المسلمين على أن الحدود لا تقام في أرض العدو، ونقل عن أبي محمد المقدسي أنه لإجماع الصحابة وأن عمر كتب ألا يقيم أمير جيش ولا سرية حدا وهو غار لثلا تلحقه حمية الشيطان فيلحق بالكفار».

٢ - أسقط عمر بن الخطاب حد السرقة عن السارق عام المجاعة، وهذه المسألة تدخل تحت قاعدة الضرورة التي أجمع المسلمون على اعتبارها وترتب

(١) وقد أفاد في ذلك ابن القيم في أعلام الموقعين ج ٣ ص ١٤ وما بعدها، وفلسفة التشريع الإسلامي لصبحي محمدي ص ١٧٥ / ١٨٨، وتعليل الأحكام للأستاذ الشيخ شليبي ص

الأحكام عليها، ويقول ابن القيم : «إن سقوط القطع في المجاعة محض القياس ومقتضى قواعد الشرع لما يقلب على الناس من الحاجة والضرورة وهذه شبهة قوية تدرك القطع عن المحتاج» ويمكن القطع بأن عدم القطع هنا يرجع إلى نص^١ هو قول الرسول : «ادروا الحدود بالشبهات».

٣ - يرى بعض الفقهاء جواز إخراج زكاة الفطر من غير ما ورد النص عليه كغالب قوت البلد عند الشافعية، أو القسيم عند الأحناف، والتحقيق أن هذا من قبيل القياس وليس فيه تبديل الحكم فضلا عن مخالفة النص فإن العلة من إخراج صاع من تمر أو شعير أو ربيب إغناء الفقير عن السؤال في هذا اليوم بسد حاجته، وهو متحقق بإخراج ما عدا هذه الأصناف مما تتجدد مع الزمان وتختلف باختلاف المكان ومما يحصل معه ذلك الغرض بما يناسب الزمان وإن اختلفت وجهة نظر الفقهاء في ذلك توسعة في دائرته وتضييقا.

٤ - أجاز الفقهاء طواف الحائض بالبيت الحرام أيام الحج مع نهى النبي عن ذلك، والواقع أن هذه الحالة ضرورة حفظا على أداء فريضة الحج التي يعرض ما يمنعها بعد ذلك، وأما في زمن النبي وخلفائه فقد كان يحتبس الركب لأجل الحيض. ولكنه استحال ذلك فيما بعد عادة فرخص هؤلاء لهن الطواف بالبيت على اختلاف وتفصيل بينهم.

ويقول القرافي تأييدا لما فهمناه من أن الذي يستبدل من الأحكام ما ليس في مقابلة نص ولا إجماع «إن جميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد إذا تغيرت العادة تغيرت الأحكام في تلك الأبواب» فهذه العبارة تدل على أن كل حكم مصدره العادة يتغير بتغيرها ومقتضاها وأن ما كان مصدره النص أو الإجماع لا يتغير^(١).

والواقع أن القرافي في هذا يقرر أصلا من أصول مذهب إمامه الذي يقول بالمصلحة إذا لم يكن معارضة لأصل من نص أو إجماع، ويتفق مع ما أورده

(١) وقد فهم بعض الكتاتين أن عبارة القرافي تشمل ما كان ثابتا بالنص أيضا أو إجماع، ولم ينتبه إلى تقييد القرافي ذلك بما كان محمولا على العوائد.

الشاطبي المتوفى سنة ٧٩٠ في الموافقات من قوله : «إن المصلحة المرسله تعتبر إذا كانت ملائمة لمقاصد الشرع بحيث لا تنافي أصلا من أصوله ولا دليلا من دلائله. بل نقل البعض عن الإمام مالك أن المصلحة إذا عارضها نص تلغى، وقد أشرنا إلى مثل ذلك عند الكلام على آراء العلماء في المصلحة، خلافا لمن ادعى من الكاتبين (١) أن في فروع الإمام مالك ما يقتضى اعتبار المصلحة ولو كانت في مقابلة النص، فهو خالف ما اشتهر من قوله بالمصلحة المرسله وتفسير الإرسال بالألا تعارض المصلحة أصلا ولا دليلا.

ومهما يكن من شيء فقد سبق أن أشرنا إلى أن من العلماء من يقول باعتبار المصلحة متوسعا في اعتبارها ومقدما لها في بعض الأحيان على ظاهر النص اجتهدا منه في أن ذلك هو مقصد الشريعة، فإذا كانت هناك فروع في بعض كتب الفقه يظن فيها أنها مخالفة لبعض النصوص تأويلا ربما دل في بعضه، وقد يكون هو أو إمامه لم يطلع على النص المخالف أو لم يشب عنه، أو ثبت عنده نص آخر معارض له حتى لا نخرج عن الدائرة التي رسمناها من احترام النصوص الثابتة وتقديرها.

وإن كان القصد من وراء ذلك التوسع في تبديل الأحكام وتغييرها هو التيسير على الناس وجعل الشريعة الإسلامية صالحة قائمة بشئون الناس في كل زمان، فإن ذلك موفور فيما لحظته الشريعة الإسلامية من إيراد ما يتعلق بالمعاملات وما يتصل بها على وجه يجعله قابلا للتطبيق في كل زمن بحسب المصالح، وبما تركه الشرع والأئمة لنا من القواعد العامة التي هي كفيلة ألا يشذ عنها شيء من هذه الشئون وتلك المصالح.

والحق أن الأحكام الشرعية التي تتبدل بتبدل الزمان مهما تغيرت بتغيره فإن المبدأ الشرعى فيها واحد وهو إحقاق الحق وجلب المصالح ودرء المفسد وتحقيق ما فيه نفع المجتمع الإسلامى في ضوء مبادئ الإسلام وقواعده العامة.

(١) راجع تحليل الأحكام ص ٣٦٧ للأستاذ الشيخ محمد مصطفى شلى.

المبحث السادس

طائفة من القواعد الفقهية

سبق أن نقلنا عن القرافي قوله : إن الشريعة اشتملت على أصول وفروع ، وأن أصولها قسمان : أصول الفقه ، والقواعد الكلية الفقهية .

كما سبق أن وعدنا بعرض القواعد الفقهية الستة الأساسية التي ذكرها ابن نجيم ، وطائفة من القواعد الأخرى ، وإليك البيان :

أولاً - القواعد الأساسية :

١ - قاعدة الأمور بمقاصدها ، الأعمال التي تصدر من المكلفين يقاس ما فيها من خير أو شر ، ومقدار ذلك الخير أو الشر بنية الشخص وما قصده إلى ذلك الفعل من أثر ، والأصل في هذه القاعدة حديث الصحيحين «إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى» وغيره من الأحاديث التي تفيد أن النية أساس في صحة الأعمال واعتبارها وقبولها . فرب عمل صالح يعمل بنية سيئة فيكون عملاً سيئاً يعاقب عليه صاحبه ولا يثاب كالمصلي المرائي فقد جعل الله جزاءه جهنم^(١) ، بل إن رأس الأعمال وهو الإيمان إذا أظهره صاحبه من غير مطابقة القلب اعتبر صاحبه منافقاً وغير مؤمن .

ولهذا تربط الأفعال بمقاصدها ولا سيما في العبادات لأنه حق الله والتعامل بها معه وحده وأثرها استحقاق ثوابه أو غضبه وعقابه ، أما في المعاملات فلما كان القصد لا يمكن الاطلاع عليه للأفراد الذين تربط حقوقهم بها كان لابد لها من علامة تدل عليها وهي ما تسمى بالإرادة الظاهرة .

ومما يترتب على هذه القاعدة أنه إذا اختلفت النية والظاهر حكم بمقتضى النية إن أمكن معرفتها ، فإذا اختلفت الإرادة مع العبارة قدمت الإرادة ، وقد وضعوا هذا المعنى في قاعدة فرعية تنص «إن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا

(١) انظر الآية في سورة الماعون .

للالفاظ والمباني» فمن أعار في مقابل أجر كان عقد إجارة وإن كان اللفظ يفيد أنه عقد إعارة، ومن وهب بشرط الم عوض اعتبر بيعا، ومن أجل ذلك كان النكاح بلفظ الهبة نكاحا عند الأحناف.

وقد انبنى على هذه القاعدة الأصلية عدة أحكام فقهية منشورة في كتب الفروع ومختلف أبوابها، فمن باع العنب ليتخذ خمرا كان أثما، ومن باع السلاح للبغاة وقطاع الطريق قاصدا معونتهم كان أثما، ولو امتنع إنسان عن الطعام دون نية الصيام لم يكن صائما ولو كان في رمضان، وما يرتبط بهذا ما قاله كثير من الفقهاء من أن السفر لمعصية لا يترخص له فيحرم المسافر من القصر والجمع والفطر في رمضان.

٢ - **ثواب** [ب] **بالنية** ، هذه القاعدة في الحقيقة كان يحسن أن تكون فرعاً من سابقتها لأن كون الأعمال بمقاصدها يترتب عليه أن النية أساس في اعتبار العمل والنظرة إليه وتقديره، وكون المرء لا يثاب على العمل إلا بالنية داخل في ذلك لأن الثواب أثر من آثار تقدير العمل واعتباره.

ومهما يكن فإن المراد بالنية هنا نية القربة إلى الله وطلب الثواب منه، فهذا الذي يتحقق به الثواب على العمل وينبغي أن يلاحظ فيه كونه مشروعا غير ممنوع يراد به التقرب إلى الله سبحانه وتعالى، فإذا كان غير مشروع فإنه لا ثواب عليه مهما قصد به صاحبه من التقرب أو ابتغاء رضوانه، كما يفعل البعض في إحياء الموالد والأعياد وليالي رمضان.

٣ - **الخطور** يزال ، ترجع هذه القاعدة إلى حديث الرسول الذي أخرجه مالك وأحمد وابن ماجه «لا ضرر ولا ضرار» وعبارة الحديث في الحقيقة أوسع دائرة من القاعدة، لأن الحديث في فقرته الأولى ينفي الضرر قبل الوقوع وبعده، وفي الفقرة الثانية ينفي الضرر في مقابلة الضرر. أي أن المعتدى عليه لا يتجاوز حقه وإنما تكون السيئة بمثلها كما تدل عليه آية سورة الشورى.

وهذه القاعدة أساس عام لما يقول به الفقهاء من التماثل في القصاص ورد العدوان، كما أنها أساس لقاعدة المصلحة برمتها. وينبغي أن يلاحظ تضيق دائرة



الضرر عملاً بهذه القاعدة، ولهذا يحكم الشارع على من أتلف مال غيره بالضمان لا بإتلاف مال الآخر، لأن في ذلك دفعا لضرر المعتدى عليه مع تضييق دائرة الضرر بحفظ المال بالضمان دون إتلاف، ولذا قالوا في هذا ومثله «الضرر لا يزال بمثله» ويدخل تحت هذه القاعدة عدة فروع متناثرة في مختلف أبواب الفقه نذكر منها على سبيل المثال.

أنه لو انتهت مدة الإجارة في الأرض الزراعية قبل أوان الحصاد أو نضج الثمر فلإن الأرض تبقى في يد المستأجر بأجر المثل مدة حتى يحصد زرعه ويجنى ثمره دون أن يترتب عليه إضرار بصاحب الأرض.

كذلك لو استأجر شخص زورقا في البحر لمدة زمنية فانتتهت المدة وهو في وسط البحر فإنها تمتد بأجر بمقدار ما يوصل إلى البر.

وكذلك فإن الحجر على فاقد الأهلية وناقصها قصد به حمايته ومنع الضرر عنه، كما أن الشفعة شرعت لمنع ضرر الدخيل على الشفيع، وكذلك الخيارات إنما شرعت لحماية التعاقد مما عساه أن يكون من ضرر في العقد يفوت عليه قصده منه ويزعزع الرضا من نفسه به، وكذا القسمة الجبرية والتسعير، كما أنها بصفة عامة تعتبر أصلاً لمبدأ التعسف في استعمال الحق.

وقد تفرع على هذه القاعدة جملة قواعد أخرى أقل منها شمولاً واتساعاً كقولهم «الضرر يدفع بقدر الإمكان» ولذا شرع الجهاد لدفع شر الأعداء ووجب سد الذرائع المفضية إلى المفسدة.

كما فرعوا عليها قاعدة «الضرر الأكبر يدفع بالضرر الأخف» ومن هذا فرض النفقة جبراً في مال الأغنياء رعاية لأقاربهم الفقراء، ومنه الحجر على الطبيب الجاهل والمفتي الماجن والمكاريء المفلس، ومنها العقود الجبرية كالبيع والإجارة للمنافع العامة.

كما فرعوا عليها أيضاً قاعدة «درء المفسد مقدم على جلب المصالح» التي يبنى عليها تحريم الربا والمعاملات الفاسدة ومنع الاتجار بالخمر مع ما فيها من منافع.

كما فرع الأصوليون عليها قاعدة «أن المانع مقدم على المقتضى عند التعارض» فيمنع من الإرث من تحقق فيه سببه إذا قتل مورثه عمدا عدوانا لأن القتل ضرر جسيم فيزال بمنع الإرث الذي هو ضرر يسير، ونكون بهذا راعينا المانع وعطلنا المقتضى درءا للمفسدة أيضا، وإزالة للضرر الأكبر.

٤- **العادة محكمة** : المراد بالعادة هنا ما تعارف عليه الناس، والشرعية الإسلامية تعتبر العرف الجارى بين الناس فى شئون التعامل، ولهذا أجاز جمهور من الفقهاء البيع بالتعاطى وإدخال الشروط المتعارف عليها فى العقود ولو كان مخالفة لمقتضى العقد ولم يرد بها نص، كما تركوا للناس ما يتعارفون عليه فى اعتبار المكيالات والمورونات، وحكموا العادة فى مثل الأكل فى الطرقات لاعتبار المروءة وعدمها ولقبول الشهادة.

وقد جعله الإمام أبو حنيفة أساسا يبنى عليه الحث فى الإيمان وعدمه حتى قالوا من حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا لا يحث وإن كان القرآن وصفه بأنه لحم طرى، وكذلك لو حلف لا يجلس على بساط فجلس على الأرض فإنه لا يحث مع أن القرآن وصف الأرض فى سورة نوح بأنها بساط، كل ذلك دفعا للحرج عن الناس ومعاملة لهم بمقاصدهم.

وقد توسع أبو يوسف فى اعتبار العرف والعادة حتى أنه قال : إذا ورد النص على أساس عرف مستقر وقت وروده ثم تغير العرف بعد ذلك فإن الحكم يتغير تبعاً لتغيره، وينبغى أن يلاحظ مع هذا أن العرف المحكم هو ما لا يتعارض مع الشريعة فلا يحل حراما ولا يحرم حلالا، والعرف المعتبر هو كان يتعارف الناس على تقديم الهدايا للزوجة قبل الزفاف أو تقديم ما يسمى «بالشبكة» وتعارفهم على دفع ثلثي المهر عند التعاقد والباقي يؤخر إلى أقرب الأجلين : الموت أو الطلاق.

أما تعارفهم على إحلال ما هو حرام أو العكس فهو عرف فاسد لا يعتبره الشرع ولا يصلح لابتناء الأحكام عليه. فلو تعارف الناس على إحلال الربا وتحريم



البيع أو تعارفوا على إباحة الأعراض واغتصاب الأموال أو تعارفوا على توريث الأئنى مثل نصيب أخيها الذكر^(١) لما كان شيء من ذلك جائزا شرعا لمخالفة حكم الشرع.

ومما يتفرع على هذه القاعدة من القواعد قولهم «الحقيقة تترك بدلالة العادة» وقولهم «المعروف عرفا كالمشروط شرطا»، وقاعدة «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان» وقد سبق تفصيله.

٥ - **اليقين يزول بالشك** : ومعنى ذلك أنه إذا كان هناك أمر شرعى مقطوع بحصوله، ثم طرأ الشك على تغييره بعد ذلك فإنه لا يعمل بذلك الشك ويجرى العمل على اعتبار ما كان مقطوعا بحصوله حتى يتحقق السبب المزيل أو يغلب على الظن ذلك، وقد تأيد ذلك فوق دلالة العقل ببعض أحاديث تدل عليه، منها ما يفيد أن الشيطان يشك المصلى بالحدث فى صلاته فلا يعتبر النبى ﷺ ذلك ناقضا للطهارة ولا مؤثرا فى الصلاة ما لم يقم دليل على روال الطهارة أو يغلب على ظنه ذلك. ويقول العزيزى فى شرحه على الجامع الصغير : إن هذا الحديث دليل على هذه القاعدة الأساسية. وبناء على ذلك جرى الفقهاء فى جميع الأمور التى يتعلق بها حكم الشارع فى مختلف أبواب الفقه، فإذا وقع عقد ييقن ثم شك فى حدوث ما يفسخه فالعقد قائم، وإذا هلك الوديعة وشك فى أن سبب الهلاك تعدى المودع فلا ضمان عليه.

ومن هذه القاعدة أخذ كثير من الفقهاء والاصوليين دليل الاستصحاب الذى سبق الكلام عنه، وعبر عنه بعضهم بقاعدة «الأصل بقاء ما كان على ما كان» كما فرعوا أيضا عليها قاعدة «الأصل براءة الذمة» لأن المرء يولد دون أن يكون محملا بالتزامات، وإن ما يتحمله من التزامات ويتعلق به من مسئوليات إنما هى أمور طارئة والأصل فيما يعرض العدم، ولذا قالوا قاعدة «الأصل فيما يعرض من الأمور

(١) مع ملاحظة أن الإخوة لام شركاء فى ثلث التركة ولا فرق بين الذكر والأئنى على ما بينا فى القسم الأول من كتابنا الوصايا فى الفقه الإسلامى.



العدم» كما قالوا «البينة عند الإنكار على المدعى» إذ بالإنكار يبقى الأصل وهو براءة الذمة، وأيدوا ذلك بحديث «البينة على المدعى واليمين على من أنكر».

وفرعوا أيضا قاعدة «لا عبرة للدلالة فى مقابلة التصريح» فإذا قبض المشتري المبيع أمام البائع قبل قبض ثمنه فى البيع الحال لا يعتبر إذا ما لم يستمر البائع على سكوته، فإذا طلب استرداد السلعة كان على المشتري ردها لأن التصريح الذى صدر منه أقوى من الدلالة التى تنبنى على السكوت.

ويتصل بهذا قاعدة «أن السكوت فى معرض الحاجة إلى البيان بيان» فإن الساكت لا يعتبر متكلمًا إلا أن سكوته يقوم مقام الكلام، ورجوعها إلى القاعدة الأصلية ناشئ من أن الكلام يقين والسكوت شك، فإذا علمت الزوجة بعيب جنسى فى زوجها وسكتت فإن ذلك لا يسقط حقها فى التقاضى. لأن السكوت وإن دل على الرضا فإن التقاضى تصريح بعدم الرضا، والتصريح أقوى من الدلالة لإفادته اليقين.

ومما يتفرع على هذه القاعدة الأساسية أيضا قاعدة «لا عبرة بالتوهم» الذى هو أقل من الشك فلا تنبنى عليه الأحكام مطلقا، فلو شهد اثنان على امرأة أنها خالية من الموانع الشرعية^(١) بالنسبة لمن يريد الزواج بها اعتبرت تلك الشهادة وأخذ بها ولا عبرة بتوهم وجود المانع المحتمل من إفادة الشهادة غلبة الظن، وإن كان التوهم لا يعتبر فإن الشك بخلافه، فإنه قد تترتب عليه الأحكام أحيانا إذا لم يكن فى مقابلة اليقين.

٦ - المشقة تجلب التيسير : أصل هذه القاعدة من القرآن

الكريم فيما تدل عليه آيات متعددة تقتضى رفع الحرج والمشقة الزائدة عن المكلفين، كما أن هناك آيات تقضى بأن الله يريد بعباده اليسر ولا يريد بهم العسر.

(١) أى أنها لا تحرم عليه من النسب أو الرضاع، وأنها ليست روجة لآخر ولا فى عدته على ما بيناه فى كتابنا، الفقه الإسلامى فى الزواج والفرقة.

ولا يراد بالمشقة فى لسان الفقهاء أصلها لأنه لا يخلو تكليف من التكاليف الشرعية منها، وإنما المراد الحرج والمشقة الزائدان بحيث تضيق بها الصدور وتستنفد الجهود على ما بيناه قبل. ولهذا بين الشارع لعباده رخصاً تدفع عنهم المشقة الزائدة وتستوجب اليسر والسهولة حتى تنبث نفوسهم إلى تنفيذ الأحكام، ومن ذلك الترخيص للمسافر والمريض بالقصر والجمع فى الصلاة وتأخير الصوم إلى روال العذر. وكذلك إباحة بعض المحرمات والترخيص فيها عند الحاجة والضرورة.

وينبغى أن يلاحظ أن المشقة تشمل الاضطرابات والحاجيات دون الكماليات. فعالة الاضطراب عما يلتجئ إليه المرء لحفظ النفس أو المال أو العقل أو الدين أو النسل على ما سبق. وحالة الحاجة هى ما تلزم صالح المعيشة.

وقد تفرع على هذه القاعدة مسائل فقهية كثيرة منها : القرض والحوالة والحجر، ومن فروعها أن جهل الوكيل والقاضى بالعزل لا يمنع من نفوذ تصرفاتهما دفعا للحرج والمشقة، كما انبنى عليها التجاوز عن اشتراط العدالة فى الشهادة إلى قبول شهادة الأمثل فالأمثل تيسيرا على الناس فى عصورنا ودفعا للحرج عنهم، وانبنى على هذه القاعدة أيضا الرجوع إلى العرف فى كثير من أحكام التعامل وهى من أسس العمل بدليل المصلحة.

وقد تفرع على هذه القاعدة جملة قواعد منها قولهم : «الضرورات تبيح المحظورات» وقولهم «عموم البلوى ميسرة» وهذه قد بنوا عليها : العفو عن التجاسات التى لا يمكن الاحتراز عنها، ودخول بعض المحرمات فى بعض الأدوية التى لا يمكن الاستغناء عنها، ويمكن أن يطبق هذا على النظر إلى بعض العورات التى لا يمكن الاحتراز عن النظر إليها لشيوعها فى الشوارع والطرق ومختلف الأماكن والمواصلات ما دام غير متعمد ولا مقصود لذاته.

ومما تفرع على هذه القاعدة الأصلية قولهم «الضرورة تسقدر بقدرها» وهي تقتضى أن نظرة الطبيب إلى عورة المريض تختص بقدر العلاج، وكذلك النظر إلى عورة الأجنبية الذى لا يمكن الاحتراس عنه عملاً بقاعدة عموم البلوى فإنه تضيق فى دائرة عدم الاسترسال مع الشهوة.

وفرعوا أيضاً قاعدة «الاضطرار لا يبطل حق الغير» ورتبوا على ذلك أن من اضطر لاكل طعام غيره فإنه يضمن القيمة ما دام قادراً.

هذه هى القواعد التى اعتبروها قواعد أساسية للأحكام الفقهية، وبالنظر فيها يتبين أن بينها بعض التداخل مثل قاعدة «لا ثواب إلا بالنية» مع قاعدة «الأعمال بمقاصدها» وقاعدة «العادة محكمة» مع قاعدة «الضرر يزال» وما إلى ذلك مما يظهر بالتأمل فيها.

هذا وسنعرض لك طائفة من القواعد الأخرى بكل إيجاز ثم نتقل إلى بيان مسلك القرافى وغيره من الأصوليين كما وعدنا.

١ - الغرم بالغنم : ومعنى هذه القاعدة أن التضمينات التى تحصل من شئ تكون على من يستفيد منه شرعاً، ولذا قالوا : إن نفقة الفقير العاجز عن الكسب واجبة فى بيت المال لأنه وارث من لا وارث له، وحكموا بنفقة رد العارية على المستعير، ورد الوديعة على المودع.

٢ - لا يجتمع أجر وضمان : فمن وجب عليه ضمان شئ بمقتضى موجب شرعى فإنه يلزمه أجر ما ينتفع به منه، فلو استأجر شخص دابة فهلكت بالتعدى أو الإهمال فإنه يضمن قيمتها ويسقط عنه الأجر.

٣ - التصرف على الرعية منوط بالمصلحة : هذه من قواعد السياسة الشرعية التى تقيد تصرفات الولاة وتحددها بأن تكون فى حدود المصلحة. فكل تصرف يقصد به استغلال النفوذ أو الاستبداد بالسلطان فهو غير جائز شرعاً ولا سيما إذا خالف نصاً. ولهذه القواعد أصول فى الكتاب والسنة مثل قول الرسول فيما رواه الطبرى : «ما من أمير يلى أمر المسلمين ثم لم يجهد لهم وينصح كنصحه وجهده لنفسه إلا لم يدخل معهم الجنة».

٤- لا مساغ للاجتهاد في مورد النص : وهي تفيد أن ما ورد فيه نص قطعي ويحتمل التأويل لا يكون محلاً للاجتهاد ويدخل في ذلك الإجماع الثابت بالنقل الصحيح، أما النص الذي يحتمل أكثر من معنى فإن الاجتهاد فيه يكون في دائرة مفاد النص، ولا يؤخذ بالقياس ولا الرأي إذا خرج عن دائرة النص.

٥- الاجتهاد لا ينقض بمثله : إذا تغير رأى المجتهد عما كان أفتى به أو حكم بمقتضاه قبل فإن الحكم الأول يبقى على ما كان كي تستقر الأمور فيفتى ويقضى فيما جد عنده، ولذا فإن عمر بن الخطاب لما قضى في مسألة باجتهاده وكان قد قضى في مثلها قبل ذلك باجتهاد مخالف قال : «تلك على ما قضينا وهذه على ما نقضى».

٦- ما ثبت علي خلاف القياس لا يقاس عليه : وقد عرفت أن الاستحسان إنما يكون على خلاف القياس فلا ينبغي أن يقاس على ما ثبت استحساناً من هذه الناحية لأنها جاءت على سبيل الاستثناء والاستثناء لا يتوسع فيه ولا يقاس عليه.

٧- من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه : فلو أقر شخص على نفسه بشيء ثم سعى في إبطال إقراره بدعوى الخطأ ونحوه فإنه يعامل في حق نفسه بمقتضى إقراره الأول، فلو طلق امرأته بائناً وهو في مرض الموت فرارا من إرثها فيه فماتت هي قبله فإنه لا يرث فيها معاملة له بإقراره ولا يصدق إذا قال إنني كنت أقصد حرمانها من إرثي.

٨- الخراج بالضمان : أي أن منافع الشيء يستحقها من يلزمه ضمانها إذا هلك في يده وكان مستنداً في أخذه إلى حالة مشروعة. أما الغاصب فإنه يضمن المغصوب ولا تباح له منفعة، كما أن الخراج غير التولد الذي هو سبب من أسباب الملكية، فإن الضمان لا يقتضى تملك الضامن ولد الدابة ولبنها وصرفها.

٩- جناية العجماء جبار : أصل هذه القاعدة من السنة قول الرسول فيما أخرجه الصحيحان «العجماء جرحها جبار» - أي هدر لا ضمان على صاحبها فيه.

١٠ - حق العبد مقدم على حق الرب : أى أنه إذا اجتمع الحقان وتعارضتا فإن إعمال حق العبد مقدم ويسقط من أجله حق الرب، فلو مات المدين بدين مستغرق للأفراد وكانت عليه زكاة أو نذر أو كفارة فإن أمواله يستحقها الدائنون لأن حقهم مقدم على حق الله على تفصيل بين الفقهاء فى هذا^(١).

هذه طائفة من القواعد الكلية وتلك هى القواعد الأساسية، وأنا سنعرض لك إتماما للفائدة مسلك القرافى فى عرض القواعد ثم نذكر على سبيل المثال قاعدة من القواعد الأصولية.

أما القرافى فإنه يذكر القواعد فى صور مقارنات بين مسائل قد يشتبه بعضها على ما أشرنا فيبين وجه الفرق والخلاف بين كل واحدة ومقابلتها ومن ذلك :

١ - الأخص مقدم على الأعم فى الأحكام : فإذا وثبت سمكة فى حجر إنسان فى سفينة فهى له دون صاحب السفينة، لأن خيارته لها أخص من حيازة صاحب السفينة^(٢)، ومن ذلك المصلى الذى لا يجد ما يستر به عورته عند الصلاة إلا لنجسا أو حريرا فإنه يقدم النجس فى الاجتناب لأنه أخص إذ لا يحرم إلا فى وقت الصلاة، وعلى هذا يصلى فى الحرير.

٢ - إذن الشارع فى التصرف لا يسقط الضمان وإذن المالك يسقطه : لأن الله سبحانه جعل ما هو حق بإذنه لا ينقل فيه الملك بين العباد إلا برضاهم، ولذا فإن الضمان لا يسقط بإتلافه اعتمادا على إذن الشرع وحده كما أن ما هو حق الله لا يملك العباد إسقاطه، فكل من الحقين موكل أمره لمن هو منسوب إليه^(٣).

(١) راجع لنا فى ذلك مباحث الحكم عند الأصوليين، و «الوصايا فى الفقه الإسلامى» القسم الأول.

(٢) راجع ذلك فى كتابات الفقه الإسلامى عند الكلام عن الصيد.

(٣) راجع تفصيل ذلك لنا فى نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء بحث مقارن نشرته مكتبة النهضة العربية.



٣ - أسباب الكسب الفعلية تصح من عديم الأهلية وناقصها دون القولية :
فلو صاد ملك الصيد، ولو احتطب ملك الحطب بخلاف ما لو باع أو اشترى أو استأجر.

٤ - التخيير بين المتباينات يقتضي التسوية بخلاف غيرها : وهذا كخصال كفارة اليمين وهي العتق والكسوة والإطعام فكلها متساوية في الوجوب لتباين هذه الخصال وعدم إمكان تداخلها، وأما التخيير بين الأقل والأكثر مثلاً كما في التخيير بين تعبد نصف الليل أو ثلثه أو ثلثيه فإنه لا يقتضي التساوى كما هو ظاهر من أن عبادة الثلثين أكثر وأفضل.

٥ - لا يجزئ خلاف الواجب علي الواجب : فلو صلى إنسان ألف ركعة تنفلاً لم يجزئ عن صلاة واحدة مفروضة، ولو صام مائة يوم تطوعاً لم يجزئ عن يوم من رمضان، ولو تصدق بألف جنيه تطوعاً لا يجزئ عن جنيه واحد من الزكاة.

وقد استثنى القرافي من هذه القاعدة بعض مسائل منها : إذا اغتسل يوم الجمعة تطوعاً ناسياً أنه جنب فإنه يجزئ، وعلى كل فالقواعد كلها كما قلنا غالبية يوجد فيها أمور مستثناة.

٦ - التداخل في الأسباب خلاف الأصل : فإذا وجد سببان الأثر المترتب عليهما واحد فالقياس أن يترتب عليهما اثران ، ولكن التداخل قد وقع في جملة أبواب منها : الطهارة إذا تكررت أسبابها المختلفة كالحيض والجنابة أو أسبابها المتماثلة كالجنابتين، ومنها الحدود المتماثلة وإن اختلفت أسبابها كالقذف وشرب الخمر فإنها تتداخل لأن كلا منها ثمانون جلدة، أو اتحد سببها وتكرر كمن زنا أكثر من مرة أو سرق أو شرب أكثر من مرة فإنه يقام عليه في كل نوع منها حد واحد.

بقى أن نشير إلى ما يورده بعض الأصوليين من القواعد فى كتب الأصول. فمن ذلك ما أورده الشاطبى والقرافى وغيرهما فى تقسيم مقاصد التكليف الشرعى إلى ضروريات وحاجيات وتحسينات وقد أطل الشاطبى فى إيرادها بتصوير كل قسم وعرض صور كثيرة وجزئيات مختلفة له ثم أتبعها بذكر ما يكمل كل قسم من تلك الأقسام، وأورد كذلك تصويرا لكل قسم وأمثلة متعددة له بما يبين أنه ليس أساسا فيه ولا داخلا فى جوهره ومفهومه.

ومن ذلك قاعدة ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب : وقد أطبق الأصوليون على إيرادها باعتبار أنها تدخل تبعا فى قسم الواجب، الذى هو أحد أقسام الحكم الشرعى التكليفى.

ومقدمة الواجب هى ما يتوقف الواجب عليه وهى قسمان :

مقدمة وجود أى تكليف كدخول الوقت بالنسبة للصلاة والصوم وهذه ليست فى مقدور المكلف ولا مطلوب منه فعلها.

ومقدمة وجوب أى صحة كالطهارة بالنسبة للصلاة وغسل بعض شعر الرأس لتمام غسل الوجه الواجب، وما كان فى مقدور المكلف من مقدمة الوجوب «الصحة» يجب فعله لأن الواجب لا يصح إلا به على ما بيناه تفصيلا فى كتابنا مباحث الحكم.

وحسبنا هذا القدر فى عرض القواعد ومصادر التشريع الإسلامى، تاركين تفصيل ذلك إلى موضعه من كتب القواعد والأصول.



ولعلك قد أمعنت النظر فيما بيناه لك عن تاريخ التشريع الإسلامى والأدوار التى مر بها من بدء ظهور هذا التشريع إلى وقتنا الحاضر والأسس التى قام عليها.

وما عرضناه لك من مراحل تدوين الفقه الإسلامی وأصوله والفتاوى وجمع كتاب الله وسنة رسوله، ومحاولة جمع الناس على رأى واحد يحتكمون إليه، وما أشاد به بعض المستشرقین ورجال القانون المسلمین وغير المسلمین من بلاد العالم.

ومن الطبیعی أن تكون قد تبینت من ذلك كله قيمة الفقه الإسلامی ومثاقه ومكانته وما یکشف عنه من الثروة العلمیة العظیمة فی ذلك الفقه وصلاحیته للاحتكام إليه فی كل زمان ومكان.

كما تستطيع أن تبین بما أوردناه فی القسم الثانی مرونة مصادر الفقه الإسلامی وأنها على قلتها لم تغادر صغیرة ولا کبیرة إلا أحصتها بقواعدها العامة التى تدور حول مراعاة المصالح والمفاسد، وأنها شجعت الفقهاء والباحثین على أن یتناولوا فی كل جرأة وشجاعة وضع الأحكام على مقتضاها ومن طریقها المعبد المیسر، وذلك كله آیه على عموم رسالة الإسلام وأنه تشریع صالح للناس جمیعاً فی كل زمان ومكان برغم تغیر المصالح واختلاف البیئات، وأن مصادرہ المرنة التى تمکنه من ذلك لدلیل قوته وإعجازه وأن أصوله لیست من صنع البشر وإنما هی من عند الله المنزه عن الخطأ.

* * *

وبذا نكون قد انتهینا من القسمین الأول والثانی، ونقدم لك القسم الثالث وهو فی موضوع الاجتهاد والقضاء فی الإسلام مع المقارنة ما أمکن بما علیه العمل الآن.

القسم الثالث

الاجتهاد والقضاء في الإسلام
ويشتمل على بابين

الباب الأول الاجتهاد

الفصل الأول

الاجتهاد وما يجوز فيه والمجتهد وشروطه

المبحث الأول

الاجتهاد وما يكون فيه

التعريف بالاجتهاد : الاجتهاد^(١) فى اصطلاح الفقهاء والاصوليين بذل الجهد^(٢) فى استنباط الاحكام من أدلتها بالنظر المؤدى إليها.

والاجتهاد الآن بالنسبة للقضاء يطلق على المسلك الذى يتبعه القضاء فى أحكامهم سواء منها ما يتعلق بنصوص القانون، أم باستنباط الحكم الواجب تطبيقه عند عدم النص «وإن كان هذا مجاله ضيق فى بلادنا التى لها قوانين مدونة فإنه فى

(١) لما كان الاجتهاد هو الطريق الموصول إلى استنباط الاحكام من أدلتها اعتبره الاصوليون من مباحث علم الاصول باعتباره ذيلًا للأدلة. راجع لنا (مباحث الحكم عند الاصوليين). والاجتهاد من الجهد وهو المشقة والطاقة، وهو فى اللغة عبارة عن بذل الجهد واستفراغ الوسع فى تحصيل المطلوب، ولا يطلق فى الحقيقة إلا على ما فيه مشقة.

(٢) ومعنى بذل الجهد أن يحس المجتهد من نفسه العجز عن المزيد على ما بذله، ابن عابدين ج ٤ ص ٣٣٦، ولذا قالوا أن الاجتهاد لا يكون إلا فيما فيه كلفة ومشقة، ويقال اجتهد فى حمل الصخرة ولا يقال اجتهد فى حمل النواة.

ومن الاصوليين من عرف الاجتهاد بقوله : «استفراغ الفقيه الوسع لتحصيل ظن بحكم شرعى» والمقصود بكلمة ظن إفساد أن الحكم الذى يستنبطه المجتهد ما هو إلا ظن أى إدراك للطرف الراجع.

المجتزأ له أهمية عملية كبرى لأنه ليس لها قانون مدون جامع وإنما يتقيد الحاكم باجتهاد المحاكم العليا التي تتقيد بدورها باجتهادها السابق. وهذه الاجتهادات في الواقع تمثل العرف العام^(١).

أنواع الاجتهاد : من المعلوم أن الله تعالى حكما في كل مسألة، وأن الكثير منها تركها دون نص عليها ونصب أمارات وطرق لإرشاد المجتهدين عليها، وحتى الأحكام التي جاء نص بها كثيرا ما يكون النص غير قاطع في الدلالة على الحكم فيعمل المجتهدون على الاستدلال عليه بين المعاني التي يحتملها النص، والفرق أن الاجتهاد هنا يكون مقيدا بما ينتجه النص، أما فيما لم يرد فيه نص ولا حكم إجماعي ولم يكن معلوما من الدين بالضرورة فإن مجال الاجتهاد فيه واسع لأنه اجتهاد بالرأى وتوقع الخلاف فيه كبير.

والاجتهاد بالرأى لا يكون صحيحا إلا إذا كان الرأى فيه بالطرق التي مهد الشرع بها وجعلها أمارات على الأحكام الشرعية. وهذا ما عناه معاذ بن جبل بقوله للرسول وقد ولاه قضاء اليمن وسأله: كيف تقضى؟ فقال: «إن لم أجد في كتاب الله وسنة رسوله أجتهد برأى» وهو الذي عناه أبو بكر حينما سئل عن الكلالة^(٢) فقال: «أقول فيها برأى فلان كان صوابا فمن الله وإن كان خطأ فمني» وهو الذي عناه عمر والأئمة عند قول أحدهم: «أقول برأى» وأما التفكير بغير هذه الطرق فهو مذموم لأنه تفكير بالهوى ولا يسمى اجتهادا^(٣).

(١) فلسفة التشريع الإسلامي لصباحي محمضانى ص ١٦٤.

(٢) الكلالة قرابة غير الولد والوالد وهذا هو تفسير أبي بكر لها، وقد تبعه في هذا التفسير عمر أيضا.

(٣) وقد قسم الشاطبي الاجتهاد الواقع في الشريعة إلى ضربين :
أ - اجتهاد معتبر شرعا وهو الصادر عن أهله الذين اهتموا بمعرفة ما يفترق إليه الاجتهاد وهذا هو محل بحث الأصوليين.

ب - اجتهاد غير معتبر شرعا وهو الصادر ممن لا يعرف ما يحتاج إليه الاجتهاد ومن يرى بمجرد التشهي والغرض فكل رأى صدر على هذا الوجه فهو ضد الحق الذي أنزله الله. =

والاجتهاد بناء على ذلك يتنوع إلى ثلاثة أنواع :

١ - بذل الجهد للتوصل إلى الحكم المراد من النص الظنى الثبوت أو الظنى الدلالة، وهذا يكون مجال الاجتهاد فيه فى حدود تفهم النص وترجيح بعض ما يفيد مفهومًا آخر دون خروج عن دائرة مفساد النص، كما يكون فى معرفة سند النص وطريق وصوله إلينا.

٢ - بذل الجهد للتوصل إلى حكم لم يرد فيه نص قطعى ولا ظنى ولم يظهره إجماع سابق بالأمارات والوسائل التى وضعها الشارع للدلالة عليه كالقياس والاستحسان، وهذا هو الاجتهاد بالرأى^(١).

٣ - بذل الجهد للتوصل إلى الحكم الشرعى بتطبيق القواعد الكلية، وهذا فيما يمكن أخذه من القواعد والنصوص الكلية دون أن يكون فيه نص خاص،

- ولعل الشاطبى إنما سلك هذا المسلك نظرا إلى لفظ الاجتهاد ومعناه اللغوى إذ الواقع أن النوع الثانى لا يدخل فى الاجتهاد الأصولى حتى يكون من ضروريه كما يرشد إلى تعريف الأصوليين للاجتهاد :

كما أنه قسم الاجتهاد إلى ضربين باعتبار آخر :

أ - اجتهاد لا ينقطع ولا يزول ما دامت التكاليف قائمة والناس مخاطبين بالشرائع، ومثل له بالعامى إذا سمع أن الزيادة فى الصلاة سهواً إن كانت يسيرة فمغفورة بخلاف ما إذا كانت كثيرة فإنه إذا وقعت منه زيادة لابد أن يجتهد حتى يعلم أنها زيادة كبيرة أو قليلة فيسجد للسهو أو لا يسجد.

ب - اجتهاد يمكن أن ينقطع، ثم قسم هذا الضرب تقسيماً سهياً يتفق مع مسلكه. غير أننا نستطيع أن نقف من مسلكه فى هذا التقسيم أيضاً موقفنا من مسلكه فى التقسيم السابق إذ أن الضرب الأول هنا لا يدخل فى حقيقة الاجتهاد بالمعنى الأصولى الذى مر بك لأن ما سماه اجتهاداً غير منقطع لا يتحقق فيه معنى استنباط الأحكام من أدلتها بالنظر الفردى إنما هو تصرف عقلى بحث ومحاولة تطبيق الأحكام، فهو لا يصلح أن يطلق عليه اجتهاد إذ لابد للاجتهاد من بذل الجهد والاستنباط من الأدلة نفسها.

(١) وينبغى أن يكون الاجتهاد بالرأى قاصراً على الجماعة التشريعية الذين توافر فى كل واحد منها ما يجعله أهلاً للاجتهاد حتى نتجنب الفوضى التى أدت سابقاً إلى القول بسد باب الاجتهاد، وحتى نأمن الشطط والزلل.

راجع فى هذا المعنى عبد الوهاب خلاف فى مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه

ولم يظهره إجماع سابق، ولا يمكن أخذ حكمه بالقياس أو الاستحسان وإنما هو في الحقيقة راجع إلى جلب المصلحة ودفع المفسدة على مقتضى قواعد الشرع.

الفرق بين الاجتهاد والقياس :

مجال الاجتهاد في الواقع هو ما يعرض من الوقائع سواء أكانت منصوصا على حكمها بنص ظني الثبوت أو الدلالة أو غير منصوص عليه. فالاجتهاد فيما فيه نص ظني يتحقق بتفهم ذلك النص والوصول إلى المراد منه ومعرفة ما إذا كان النص خاصا أو عاما ثم هل العام باق على عمومته أو مخصص، ومعرفة ما إذا كان مطلقا أم مقيدا، وهل المطلق باق على إطلاقه أو دخله التقييد.

والاجتهاد فيما لا نص فيه بالاستدلال على حكمه بالقياس والاستحسان أو بمرعاة المصلحة المرسلة أو بأي دليل من الأدلة التي نصبها الشارع للوصول إلى حكم لا نص فيه.

أما مجال القياس فهو الوقائع التي لا نص على حكمها إذا تحققت شروطه وبذا نستطيع أن نتبين أن القياس مصدر من مصادر الاجتهاد، وطريق من طرقه.

كما نستطيع أيضا أن نقول أن الاجتهاد أعم من القياس^(١) فكلما وجد اتلقياس وجد الاجتهاد ولا عكس إذ قد يتحقق الاجتهاد في الأحكام التي سندها ظني أو قاعدة كلية عامة.

ومن الفروق بين الاجتهاد والقياس أن القياس لا يكون في مسائل العبادات والحدود والكفارات، بينما يجوز أن يجري الاجتهاد فيها كما يجري في غيرها.

ما يجوز فيه الاجتهاد وما لا يجوز :

الاجتهاد عامل ضروري في تاريخ نشوء التشريع إذ هو الوسيلة لاستنباط الأحكام من أدلتها الشرعية منقولة كانت أو معقولة ، ، وقلنا إن الله في كل مسألة

(١) ومع هذا فقد يسمى القياس باسم الاجتهاد في بعض الإطلاقات ويكونان مترادفين.

حكما، وأن الكثير من الأحكام مسكوت عنها، وقد نصّب الشارع أمارات ومهد طرقا للدلالة عليها، وأن بعض الأحكام قد ورد بها نص قاطع أو عرفت من الدين بالضرورة أو كانت محل إجماع المسلمين فلا يمكن الخروج عنها.

وبناء على هذا نتبين أن الأحكام الشرعية ليست كلها محلا للاجتهاد وأن هناك أحكاما لا مجال للاجتهاد فيها وهى :

١ - الأحكام التى ورد فيها نص قطعى^(١) الثبوت والدلالة من الكتاب أو السنة المتواترة كافتراض الصلاة والصوم والزكاة والحج، وحل البيع والزواج والوفاء بالعقود، وأن للذكر فى الميراث مثل حظ الأنثيين، وأن الابن يحجب الإخوة والأخوات، وحرمة الربا والزنى وأكل أموال الناس بالباطل، وهكذا كل حكم لازم اتباعه ولا يجوز مخالفته.

وكذلك المقدرات الشرعية التى لا مجال للرأى فيها وثبتت بالسنة المتواترة^(٢) كأعداد الركعات ومواقيت الصلاة وأن المفروض خمس صلوات يوميا، وأن الظهر أربع ركعات والمغرب ثلاث ركعات، وكبعض مناسك الحج، وكذلك كل ما هو معلوم من الدين بالضرورة فإنه لا يسوغ فيه الاجتهاد، ولا يكون محلا له.

٢ - الأحكام التى لم يرد فيها نص ما، ولم تعلم من الدين بالضرورة، وإنما أجمع عليها المسلمون المجتهدون فى عصر من العصور كبطلان رواج المسلمة بغير المسلم، وتوريث الجدات السدس^(٣) وجواز عقد الاستصناع وما إلى ذلك. غير أنه يجب على المجتهد أن يتأكد من أن الحكم انعقد عليه الإجماع من قبل.

(١) والقرآن كله قطعى من ناحية الثبوت لأنه نقل إلينا بطريق التواتر حفظا وتدويناً، أما السنة فهى كما علمت منها ما هو متواتر وهذا قطعى الثبوت وهو أكثر ما يكون فى السنة العملية.

(٢) لأنها إن كان طريق ثبوتها خبر الآحاد فهى يجرى فيها الاجتهاد إذ يبحث المجتهد فى صحة سند الحديث وطريق وصوله إلى المجتهد وما إلى ذلك وهل يعمل به إذا تعارض مع القياس وإذا كان مرسلأ؟

(٣) مع أنه يروى عن الرسول أنه قال : أطمعوا الجدات السدس، لكن الصحابة فى عهد أبى بكر أخذوا حكم إعطائها السدس بطريق الإجماع فأصبح الحكم لا يقبل الاجتهاد.

أما الأحكام التى يسوغ فيها الاجتهاد وتكون محللا له فهى :

١ - ما ورد فيه نص ظنى الثبوت والدلالة معا، ويكون الاجتهاد فى هذا من ناحية السند وصحة ثبوته وطريق وصوله، ومن ناحية دلالة النص على الحكم المطلوب استنتاجه فينظر المجتهد فيه من جهة دلالة قوة وضعفا، ومن جهة عمومته أو خصوصه إلى غير ذلك مما سبق الإشارة إليه.

٢ - ما ورد فيه نص قطعى الثبوت ظنى الدلالة. وهذا كما يكون فى السنة يكون فى القرآن، ومجال الاجتهاد فيه قاصر على ناحية الدلالة فقط وفى دائرة النص.

٣ - ما ورد فيه نص ظنى الثبوت قطعى الدلالة، وهو لا يكون فى القرآن وإنما يكون فى السنة، والاجتهاد فيه يكون من ناحية السند وصحة الحديث ونسبته للرسول، ومجال الاجتهاد فى هذه الأمور الثلاثة محدود مقيد بالنص فلا يصح للمجتهد أن يخرج عن احتمالات دلالة النص.

٤ - ما لم يرد فيه نص ولا إجماع ولم يعلم من الدين بالضرورة، وهو الذى قلنا إنه اجتهاد بالرأى، ووظيفة المجتهد فيه أن يسلك مسلك القياس أو الاستحسان أو العرف؛ وما إلى ذلك مما تختلف فيه أنظار المجتهدين، ولذا فإن مجال الاجتهاد فيه أوسع من غيره.

ولا شك أن هذه الأشياء مما تختلف فيه أنظار الباحثين اختلافا بينا، ولا سيما اجتهادهم فيما لا نص فيه ولا إجماع، ومن أجل هذا اختلفت الأحكام فى المسألة الواحدة تبعا لاختلاف مسالك المجتهدين وتفاوت أنظارهم فيها.

ومن الطبيعى ألا يكون الاجتهاد على نحو واحد لاختلاف مسالكه، فالاختلاف الفقهى نتيجة ضرورية لا بد منها ما دامت الأفهام متفاوتة - وهذا لا يعيب التشريع بل يدل على مرونته - ولهذا فإن الأئمة اختلفوا فى الأحكام

والفتاوى، وكان هذا الاختلاف نفسه مصدر شروة تشريعية، ونظريات متعددة مما يجعل تشريعنا لا يضيق عن حاجتنا^(١).

والاختلاف الناشئ عن الاجتهاد فى الفقه الإسلامى أمر مألوف بين القضاة الذين يطبقون أحكام القوانين التى صيغت فى مواد محدودة، فإنهم كثيرا ما يختلفون فى فهم وتفسير وتطبيق بعض هذه المواد. لعدم وضوح دلالتها على الأحكام مما يجعلها ظنية الدلالة، فتكون محلا للاجتهاد وإن كانت قطعية الثبوت.

أما إذا كان نص المادة واضحا فى دلالة على الحكم ولا يحمل أكثر من معنى واحد فإنه يكون قطعى الثبوت والدلالة وعلى هذا فلا مجال للقاضى أن يجتهد فيه، ولو كان يرى أنه غير عادل.

وبذا يتفق التقنين الوضعى مع مذهب الأصوليين فى أن ما كان قطعى الثبوت والدلالة من النصوص فإنه لا مجال للاجتهاد فيه بخلاف غيره.

حكم الاجتهاد التكليفى :

ومن توافرت فيه شروط الاجتهاد كان مكلفا شرعا باستنباط أحكام ما يجد من مسائل، سواء أكان ذلك لنفسه أم لغيره، بحيث إذا لم يفعل ذلك كان آثما، إلا إذا قام به غيره فيسقط عنه التكليف لاندفاع الحاجة، وقالوا إنه يندب افتراض المسائل قبل حدوثها واستنباط حكمها حتى يمكن مواجهة الأحداث والاحتياط للنوازل، وقد كان هذا مسلك فقهاء مدرسة الرأى والأحناف منهم خاصة، كما يكون الاجتهاد حراما إذا كان فى مقابلة نص قطعى الثبوت والدلالة أو فى مقابلة حكم مجمع عليه لأن هذا لا يكون اجتهادا فى الواقع إذ هو مما لا يسوغ الاجتهاد فيه.

(١) ويؤيد هذا المعنى ما روى أن الرسول ﷺ قال : «اختلاف أمتى رحمة»، «أصحابى كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم» الأحكام للأمدى ج ٤ ص ٢٠٣ وينقل الشاطبى لنا فى الموافقات ج ٤ ص ٤١ أن عمر بن عبد العزيز قال : «ما أحب أن أصحاب محمد لا يختلفون لأن الرأى لو كان واحدا لكان الناس فى ضيق، وإنهم أئمة يقتدى بهم، فلو أخذ رجل بقول أحدهم لكان سنة».

أدلة وجوب الاجتهاد :

١ - يقول الله تعالى : ﴿فاعتبروا يا أولى الأبصار﴾ ، ويقول : ﴿فإن تنازعتم فى شىء فردوه إلى الله والرسول﴾ فقد أمر من هم أهل للتفهم والتأمل بالاعتبار ، وقالوا : إن هذا يفيد وجوب الاجتهاد عليهم ، وفى الآية الثانية قالوا إن المقصود بقوله فإن تنازعتم فى شىء أى ما لم يرد به نص من الله ورسوله يجب طاعته ، ومعنى رده إلى الله والرسول أن ينظر المجتهدون فى الكتاب والسنة والأحكام المعلقة فيستنبطوا الحكم على أساسها وهذه سبيل الاجتهاد فلا بد إذن من وجود علماء يجب عليهم الاجتهاد.

٢ - يقول الرسول : ﴿اجتهدوا فكل ميسر لما خلق له ، إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر﴾ فقد أمرنا بالاجتهاد والأمر يفيد الوجوب لمن هو أهل له.

٣ - ما حدث من الخلفاء والصحابة والتابعين من الاجتهاد فى النوازل التى لم يرد فيها نص.

٤ - النصوص متناهية والحوادث غير متناهية ، ولابد لكل ما يجد عن معرفة حكم الله فيه ، والذي يستطيع التعرف عليه إنما هو المجتهد ، فيجب الاجتهاد على من تحققت فيه شروطه وإلا لما أمكن تطبيق أحكام الإسلام فيما يطلب معرفة حكم الله فيه.

إمكان الاجتهاد فى كل عصر :

سبق أن بينا ما دفع العلماء فى القرن الرابع الهجرى إلى سد باب الاجتهاد . وقد ناقشنا ذلك فى موضعه ، وقلنا إن باب الاجتهاد لم يوصد ، وأن كل ما كان أهلا له لزمه أن يجتهد . بل قال الخنابلة أنه لا يصح أن يخلو العصر من وجود مجتهد تسافر فيه الشروط المطلوبة لأن طريق معرفة الأحكام الشرعية إنما هو الاجتهاد ؛ إذ الوقائع متجددة والحاجة إلى معرفة حكم الله مستمرة فى كل زمن ، وشرعية الله خوطب بها الناس فى كل العصور ، يقول الله تعالى : ﴿فاعتبروا

يا أولى الابصار» فلو خلا عصر من مجتهد يمكن الاستناد إليه في معرفة الأحكام لأفضى ذلك إلى تعطيل الشريعة وعدم إمكان تطبيقها فيما يجد من الوقائع^(١).

من أجل هذا ينبغي فيما نرى أن يشجع ولادة الأمر من لديهم استعداد فطري للاجتهاد بتهيئ السبيل إليهم وإعدادهم لدراسة ما يحقق فيهم وصف الاجتهاد المطلق أو على الأقل الاجتهاد في نوع من الأحكام كل حسب اتجاهه ورغبته.

وينبغي أن يلاحظ أن هذا الخلاف بالنسبة للمجتهد المطلق، وأما ما يتعلق بتطبيق الأحكام فإن الفقهاء متفقون على عدم خلو العصر منهم على أنهم في الحقيقة لا ينطبق عليهم تعريف الاجتهاد ولا يسمون مجتهدين إلا تجورا لأن عملهم هو تطبيق العلل المستنبطة على كل جزئية تتحقق فيها العلة^(٢) وبذا نجد أن الخلاف ينحصر فقط في الاجتهاد المطلق، وأن الحنابلة قالوا بأن الباب مفتوح بل ويجب ألا يخلو منه أي عصر.

(١) يقول ابن القيم ج ٤ ص ٢١٢ : وهذا هو المراد من قول الرسول : «إن الله يبعث لهذه الأمة على رأس كل مائة سنة من يجدد لها أمر دينها» وهم الذين قال فيهم الإمام علي : لن تخلو الأرض من قائم لله بحجته.

(٢) وفي هذا يقول صاحب فواتح الرحموت على مسلم الثبوت ... والنزاع في المجتهد مطلقا لأن اللارم من دلائل الفريقين ثبوت المجتهد مطلقا أو انتفاؤه مطلقا .. ثم إن من الناس من حكم بوجود الخلو من بعد العلامة النسفي واختتم الاجتهاد به وعنوا الاجتهاد في المذهب. وأما الاجتهاد المطلق فقالوا اختتم بالأئمة الأربعة، ثم قال : «وهذا كله هوس ولا يعاب به لأن من قال به فقد أتى بغير علم. فضل وأضل»

وقد عقد الأمدى في كتابه الأحكام ج ٤ ص ٣١٣ بحثا خاصا لهذه المسألة وأشار إلى أن الحنابلة يمنعون خلو العصر من مجتهد وساق أدلتهم العقلية والعقلية، وقال إن آخرين يجيزون ذلك وساق أدلتهم وانتصر للمجوزين، وكل ما ساقه من أدلة هو في الواقع محل نظر ومناقشة، وقد عرض الموضوع وناقشه صاحب مسلم الثبوت ج ٣ ص ٣٩٩ / ٤٠٠ .



المبحث الثاني

المجتهد وشروطه

المجتهد وأنواعه،

المجتهد هو الذي توافرت فيه صفة الاجتهاد بأن كان متمكنا من استنباط الاحكام العملية من أدلتها الشرعية، ويطلق عليه الاصوليون اسم الفقيه والمفتي، وعلى هذا فإن من له دراية بالاحكام الشرعية من غير أن يكون له قدرة على استنباطها من الأدلة لا يسمى مجتهدا ولا فقيها عندهم، وإن كان الفقهاء اصطلاحوا أخيرا على اعتباره فقيها تمثيا مع العرف، وقد بينا ذلك في القسم الاول، كما أن الذي يقوم بتطبيق الاحكام على الحوادث والجزئيات دون أن يكون له مقدرة على استنباطها من أدلتها لا يسمى مجتهدا على ما أشرنا إليه قبل هذا المبحث. هذا والظاهر من كلام الاصوليين أنه لا يتصور فقيه غير مجتهد، ولا مجتهد غير فقيه على الإطلاق^(١).

والمجتهد نوعان : مجتهد مطلق يفتى في جميع الاحكام كالائمة والصحابة من قبلهم، ومجتهد في حكم أو أحكام خاصة، وسنعرض هنا ما يشترط في كل منهما ثم نبين رأى الفقهاء والاصوليين في جواز تجزؤ الاجتهاد وعدم جوازه.

ما يشترط فيه المجتهد المطلق : يرى الاصوليون^(٢) ضرورة توافر

الآتي لتحقيق هذا النوع من الاجتهاد :

(١) راجع التقرير والتحرير لابن أمير الحاج على التحرير للكمال بن الهمام ج ٣ ص ٢٩١، جمع الجوامع ج ٢ ص ٣٨٤، والجلال المحلى عليه حيث يقول : «والفقيه المجتهد لأن كلا منهما يصدق على ما يصدق عليه الآخر».

(٢) وفي الاحكام للامدى ج ٤ ص ٢١٩ «المجتهد كل من اتصف بصفة الاجتهاد، وله شرطان : الاول أن يعلم وجود الرب وصفاته حتى يتصور منه التكليف، وأن يصدق برسوله عارفا بما يتوقف عليه الإيمان علما بأدلة الأمور من جهة الجملة. الثاني أن يكون عارفا بمدلول الاحكام وطرق ثبوتها ووجود دلالتها وجهات الترجيح والناسخ والمنسوخ واللغة العربية بالقدر الذي يستطيع به التمكن من الالفاظ والتراكيب، ثم يقول: إنما يشترط هذا في حق المجتهد المطلق للحكم والفتوى في جميع مسائل الفقه.

١ - أن يكون على عام تام بأحكام القرآن والسنة والاصول التشريعية العامة التي قرراها، وهذا يتحقق بمعرفة التشريع العملي فيهما من جزئياته وكتلياته فيتعرف على آيات الاحكام، وهي كما قلنا ليست بكثيرة بحيث يستطيع أن يجمع آيات كل نوع منها حتى يكون بين يديه مثلاً آيات القرآن المتعلقة بالطلاق أو البيع أو بالإرث أو بالوصية، وكذلك يكون واقفاً على احاديث الاحكام عارفاً بمواضعها، وقد أصبح ذلك ميسوراً بعد التدوين والفحص والتصحيح، وأن يقف على أسباب نزول هذه الآيات وورود الاحاديث وما جاء من السنة في بيانها عارفاً بالناسخ والمنسوخ منها، وبالتواتر من الاحاديث وغيره، وحال الرواة ولمما بمعاني كل ذلك، ويكفي في كل هذا أن يكون عالماً بمواقع هذه الآيات والاحاديث وإن لم يكن حافظاً لها بحيث يتمكن من الرجوع إلى ما يحتاج منه عند طلبه^(١).

٢ - أن يعرف الاحكام المجمع عليها والمختلف فيها حتى يكون على بينة عند اجتهاده من أن ما يبحث فيه لم يصدر فيه حكم إجماعي، وحتى يكون الطريق أمامه نيراً إلى تخير الحكم الصحيح.

« وفي الموافقات للشاطبي ج ٤ ص ٥٦ » إنما تحصل درجة الاجتهاد لمن اتصف بوصفين : فهم مقاصد الشريعة على كمالها، الثاني التمكن من الاستنباط بناء على فهمه فيها .. ثم فصل القول وأسهب على طريقته في بيان هذين الوصفين.

وفي المستصفى للغزالي ج ٢ ص ٣٥٠ : وللمجتهد شرطان أحدهما أن يكون محيطاً بمدارك الشرع متمكناً من استثارة الظن فيها. الثاني أن يكون عدلاً. وهذا الشرط لجواز الاعتماد على فتواه. فالعدالة شرط للقول لا للصحة، ثم يقول : إنما يشترط ما ذكر في حق المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع الشرع.

وفي التحرير للكمال والتقريب والتحبير لابن أمير الحاج عليه ج ٣ ص ١٩٣ «وشرط مطلق الاجتهاد بعد صحة إيمانه معرفته بحال جزئيات مفاهيم الألقاب الاصطلاحية .. الخ».

(١) ويرى الشافعي ضرورة حفظ جميع القرآن، وجاء في نهاية السؤل للأسنوي على منهج الوصول للبيضاوي وهو مطبوع بهامش التقرير والتحبير «لا يشترط حفظ القرآن بل يكفي أن يكون عارفاً بمواقعه حتى يرجع إليها في وقت الحاجة، ونقل الشافعي أنه يشترط حفظ جميع القرآن وهو مخالف لكلام الإمام من وجهيه، وكذا الكلام بالنسبة للسنة» ج ٣ ص ٣٠٨، ٣٠٩.

٣ - أن يعرف علل الأحكام ومسالكها وطرق استفادتها من الأدلة، ووجوه دلالة الألفاظ على المعاني إلى غير ذلك مما يبحث فيه علم أصول الفقه، على أن الوسيلة لاستنباط الأحكام فيما لا نص فيه أن يكون محيطا بمقاصد التشريع عالما بمصالح الناس.

٤ - أن يعرف علوم اللغة العربية بما يمكنه من فهم النصوص فهما صحيحا^(٢).

٥ - أن يكون بالغا عاقلا حتى يتمكن من الفهم والاستنباط.

٦ - أن يكون عدلا ويدخل في هذا ما اشترطه الأحناف صراحة لصحة الاجتهاد من أن يكون المجتهد عاملا بالأحكام التي أداه إليها اجتهاده لأن ذلك مظهر لإيمانه بصحتها فيطمئن الناس إلى اتباعه^(٣).

(١) ومعرفة ما اختلف من الأحكام وإن بدا أمرا هينا فإنه أساس له خطره في بناء الاجتهاد وتكوينه. نقل الشاطبي في حديث طويل أن الرسول قال : «أعلم الناس أبصرهم بالحق إذا اختلف الناس» وقال الشاطبي أن هذا تنبيه على المعرفة بقواعد الخلاف، لهذا جعل الناس العلم معرفة الاختلاف فقال قتادة : إن من لم يعرف الاختلاف لم يشم أنفه الفقه. وقال هشام الرازي : من لم يعرف اختلاف الفقهاء فليس بفسق، وقال عطاء : لا ينبغي لأحد أن يفتي الناس حتى يكون عالما باختلاف الناس فإنه إن لم يكن كذلك رد من العلم ما هو أوفق من الذي في يديه، وعن ابن عينة أنه قال : أجسر الناس على الفتيا أقلهم علما باختلاف العلماء، وعن مالك : لا تجوز الفتيا إلا لمن علم ما اختلف الناس فيه. وأطال الشاطبي في نقل أمثال هذه الأقوال ثم قال : والكلام كثير في هذا وحاصله معرفة مواقع الخلاف لا حفظه مجرد الخلاف. راجع الموافقات ج ٤ ص ٨٩ / ٩٠

(٢) فإن لم يكن بصدد فهم النصوص بل كان اجتهاده متعلقا بالمعاني من المصالح والمفاسد مجردة عن اقتضاء النصوص لها فلا يلزمه في هذه الجزئية العلم باللغة العربية بل يكفي العلم بمقاصد الشريعة. راجع الشاطبي في الموافقات ج ٤ ص ٩٠ .

(٣) وفي الموافقات ج ٤ ص ١٥٨ : ومن كان منهم على مقتضى فتواه فهو متصف بأوصاف العلم، حتى إذا أحببت الاقتداء به من غير سؤال أغناك عن السؤال في كثير من الأعمال كما كان الرسول يؤخذ العلم من قوله وفعله وإقراره، وهذا النمط إذا وجد فهو أولى ممن ليس كذلك لأن قوله أنفع وفتواه أدفع، وهو جدير أن تنقاد النفوس له بالطوعية.

وهذا الكلام في جملة يدل على أن العمل بالعلم ليس شرطا عنده في صحة الاجتهاد وإنما هو للتفضيل والأولوية، ونحن نرجع هذا القول دفعا للحرج في مثل هذا العصر لأن هذا النمط المثالي لا يكاد يوجد فيه.

وينص كثير من الأصوليين على اشتراط الإسلام في المجتهد لأن الاجتهاد في نظرهم نوع عبادة والإسلام شرط في صحة العبادات^(١).

ما يشترط في المجتهد في بعض الأحكام :

أما المجتهد في حكم أو أحكام خاصة، فإنه يشترط فيه معرفة ما يتعلق بهذا الحكم دون معرفة جميع الأحكام، لأن المجتهد في حكم يتعلق بالنكاح مثلا لا يحتاج إلى كل ما يتعلق بالحج أو الزكاة أو الصلاة إذ قد يكون المجتهد متخصصا في بعض أبواب الفقه دون سائر أبوابه.

ويعنون الأصوليون لهذا الموضوع بتجزئ الاجتهاد ونقلوا فيه خلافا بينهم. ويقولون إن بعضا من المالكية ومن الحنابلة والظاهرية والغزالي والأمدى من الشافعية والكمال بن الهمام من الحنفية على جوار ذلك، وأن من كان متخصصا في باب أو مسألة فقهية مع توافر ما قلناه فيه مجتهد، ويكون لما أداه إليه اجتهاده نفس الحجية التي لغيره، ولا يجوز له التقليد فيه وإن جار له التقليد في غيره^(٢).

وليس من شرط المجتهد أن يجيب عن كل مسألة فقد سئل مالك عن أربعين مسألة فقال لا أدرى في ست وثلاثين منها، وكم توقف الشافعي بل الصحابة عن

(١) هذا ويقول الشاطبي أيضا في ج ٤ ص ٥٨ : «وقد أجاز النظار وقرع الاجتهاد في الشريعة من الكافر المنكر لوجود الصانع والرسالة الشرعية، واستدلوا بأنه يجوز في الاستدلال بناء النتائج على مقدمات فرضية فلا مانع أن يستدل من الكتاب والسنة على افتراض صحتها».

(٢) وفي هذا يقول الغزالي في المستصفى ج ٢ ص ٢٥٣ «ليس الاجتهاد منصبا لا يتجزأ بل يجوز أن يوصف بمنصب الاجتهاد في بعض الأحكام دون البعض، ولو لم تعتبره مجتهدا لزم أن يكون مقلدا، وترك العلم عن دليل إلى تقليد خلاف المعقول، كما روى عن الرسول أنه قال : «استفت قلبك وإن افتاك المفتون» ويقول : «فمن عرف طريق النظر بالقياس فله أن يفتي في مسألة قياسية وإن لم يكن ماهرا في علم الحديث».

ويقول الأمدى ج ٤ ص ٢٢١ : «أما الاجتهاد في حكم بعض المسائل فيكفي فيه أن يكون عارفا بما يتعلق بتلك المسألة وما لا بد منه فيها ولا يضره في ذلك جهله بما لا تعلق له بها».

وراجع أيضا شرح مسلم الثبوت ج ٢ ص ٣٦٤، وإرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٢٥ جمع الجوامع، والمطار عليه ج ٢ ص ٢٧٨ حيث يقول : والصحيح جواز تجزئ الاجتهاد ..

الإجابة على بعض الأسئلة، غير أن الجمهور يرون أن الاجتهاد درجة فقهية لا تنجز لأن الشريعة متصلة الأجزاء. ولكل من الفريقين وجهته غير أننا نميل إلى القول بالتجزؤ لما يبدو لنا فيه من قوة دليل.

طبقات المجتهدين :

سبق أن ذكرنا في القسم الأول تقسيم الأحناف لطبقات الفقهاء وبيننا أنهم سبع طبقات، غير أن ابن القيم^(١) قسمهم إلى أربعة أقسام:

الأول : العالم بكتاب الله وسنة رسوله وأقوال الصحابة فهو المجتهد في أحكام النوازل، ولا ينافي اجتهاده تقليد غيره أحياناً^(٢). فقد قال الشافعي في موضع من الحج : قلته تقليدا لعطاء، وهذا النوع من المجتهدين يتأدى بهم فرض الاجتهاد.

الثاني : مجتهد مقيد في مذهب من ائتم به فهو مجتهد في معرفة فتاويه وأقواله متمكن من التخريج والقياس عليها دون أن يكون مقلدا للإمامه لا في الحكم ولا في الدليل^(٣).

الثالث : من هو مجتهد في مذهب انتسب إليه مقرر له بالدليل متقن لفتاويه لا يتعدى أقواله وفتاويه ولا يخالفها، وهذا شأن أكثر المصنفين في المذاهب .. هؤلاء لا يدعون الاجتهاد ولا يقرون بالتقليد.

الرابع : من تفقه في المذهب وحفظ فتاويه وفروعه وأقر على نفسه بالتقليد.

(١) إعلام الموقعين ج ٤ من ٢١٢ إلى ٢١٤

(٢) وهذا ما يؤيد ما رجحناه من أن الاجتهاد يتجزأ وأنه يصح أن يعمل الشخص باجتهاده في بعض الأحكام ويقلد فيما ليس فيه اجتهاد.

(٣) وقال أن الحنفية اختلفوا في أبي يوسف ومحمد وزفر كما اختلف الشافعية في المزني والمالكية في أشهب وابن عبد الحكم والحنابلة في أبي حنبل : هل هؤلاء من القسم الأول المستقلين بالاجتهاد أم من هذا القسم. ثم رجح أنهم من النوع الأول.

ومع هذا فقد جعل رتبهم دون رتبة الأئمة في الاستقلال بالاجتهاد، وفوق هذه الرتبة بينما لمجد ابن عابدين في شرح رسالة رسم المفتي ضمن رسائل ابن عابدين ج ١ مطبوع في تركيا ص ١١ اعتبر الصاحبين وزفر من الفريق الثاني لأنهم كما يقول وإن خالفوا الإمام في بعض أحكام الفروع فإنهم يقلدونه في قواعد الأصول.

الفصل الثاني

مدى حجية الحكم الاجتهادي

المبحث الأول

من يلتزم به واثار رجوع المجتهد عن رأيه

الحكم الاجتهادي إنما يلتزم به المجتمع ومن استفتاه،

ما يراه المجتهد باجتهاده ويطمئن إليه قلبه ليس بحجة بالنسبة لكافة المسلمين، إذ الواقعة التي ظهر حكمها بالاجتهاد لا مانع من أن تكون مجالاً للاجتهاد في كل زمن وبيئة، إذ الاجتهاد السابق لا يمنع من اجتهاد لاحق، واجتهاد المجتهد لا يمنع اجتهاد غيره، إذ الحكم الذي وصل إليه المجتهد مبني على الظن لأنه لم يأت عن طريق نص قطعي أو حكم مجمع عليه، وإنما أساسه الامارات التي نصبها الشارع للاهتمام بها، وهذا يختلف باختلاف عقول الباحثين وما يحيط بهم.

أما بالنسبة للمجتهد نفسه فإنه يجب عليه أن يعمل به ما دام لم يتغير رأيه فيه، لأنه هو الحكم الشرعي حسب ظنه، ولا يجوز له اتفاقاً أن يتركه ويقلد مجتهداً آخر يخالفه في حكم هذه المسألة، لأن أساس كل منهما غلبة الظن فلا ترجيح لأحدهما على الآخر^(١).

(١) يقول الأمدى في الأحكام ج ٤ ص ٢٧٤ : «من حصلت له أهلية الاجتهاد بتمامها في مسألة فإن اجتهد فيها وأدى اجتهاده إلى حكم فيها فقد اتفق الكل على أنه لا يجوز له تقليد غيره من المجتهدين في خلاف ما أوجبه ظنه وترك ظنه» وجاء في جمع الجوامع والجلال المحلي عليه ج ٢ ص ٣٩٥ : «أما ظان الحكم باجتهاده فيحرم عليه التقليد لمخالفته وكذا المجتهد عند الأكثر لتمكنه من الاجتهاد...».



وكذلك فإن حكم المجتهد فى مسألة يكون حجة ملزمة بالنسبة لمن يستفتيه فيها لأن مذهب المستفتى هو مذهب مفتيه فيلزمه اتباع قوله والأخذ بفتواه عند المحققين من الأصوليين^(١).

والحكم الاجتهادى غير مقطوع بأنه حكم الشرع، وإنما هو ما غلب على ظن المجتهد أنه حكم الشرع، ولذا فإن الأصوليين يقولون أن المجتهد لا ينشئ حكما من عنده حتى لو كان الاجتهاد بالرأى، وإنما هو كاشف عنه فى ظنه باتباعه الأمارات التى نصبها الشارع للوصول إليه.

ومع هذا فهو بالنسبة للمستفتى حجة دون معرفته بالدليل، إذ هو له بمثابة الدليل بالنسبة للمجتهد، لأن النظر فى الأدلة ليس من شأنهم، إذ لا يترتب عليه أثر يغير الحكم الاجتهادى، وهم مأمورون بسؤال أهل الذكر واتباعهم. فهم مرجعهم فى الأحكام، لأن المجتهد لابد أن تستند أقواله إلى مأخذ شرعى عام أو خاص وإن لم يذكره لمن يستفتيه فى النوازل، وقد كان المجتهدون من الصحابة والتابعين كثيرا ما يفتون العامة من غير إبداء المستند. ويتبعون فى ذلك من غير نكير^(٢). على أن هذا لا ينافى أن من أخذ الحكم الاجتهادى بدليله ومعرفة مأخذه ما دام يدركه أرقى مرتبة من غيره، ولذا خصه بعضهم باسم المتبع ولا يسميه مقلدا.

رجوع المجتهد عن رأيه وأثره ،

١ - لو كان المجتهد يجتهد لنفسه فى أمر يخصه هو فغلب على ظنه حكم فيه ، عمل بمقتضاه ثم بدا له أن الصواب غير ذلك ، لزمه أن ينقض ما بناه على

(١) الأحكام للأمدى ج ٤ ص ٣٠٦ : «من ليس له أهلية الاجتهاد وإن كان محصلا لبعض العلوم المعتبرة فى الاجتهاد يلزمه اتباع قول المجتهدين والأخذ بفتواهم عند المحققين من الأصوليين، ومنع ذلك بعض المعتزلة، وقالوا : لا يجوز إلا بعد أن يتبين له صحة اجتهاده بدليله، وأباح الجبائى ذلك فى مسائل الاجتهادات دون غيرها كالعبادات والمختار إنما هو المذهب الاول .. »

(٢) الموافقات للشاطبى ج ٤ ص ١٧٣ وقد عقد لذلك مبحثا خاصا تناول فيه فتاوى المجتهدين بالنسبة إلى العوام وقال إنها كالأدلة الشرعية.

الاجتهاد الاول، ويأخذ في هذا الامر نفسه بالرأى الجديد إذ قد تبين له فساد رأيه الاول^(١).

٢ - أما إذا كان قد استفتاه شخص فأفتى بما أداه اجتهاده وعمل به المستفتى، ثم تغير اجتهاده هذا المجتهد إلى حكم آخر فإن المستفتى إذا لم يعلم به بقي على الحكم الذي أفتاه به في هذه المسألة كلما تمهدت^(٢)، ولكن إذا علم بعدول المفتي ورأيه الجديد بعد العمل لزمه أن يتبع الرأى الأخير فيما يجد له ويبقى ما تم عمله سليما لا ينقض ولا يعتريه البطلان^(٣)، أما إذا علم به المستفتى أثناء قيامه بالعمل لزمه العدول عنه إلى ما أدى إليه الاجتهاد الثاني^(٤). كمن اتجه في صلاته إلى جهة بناء على اجتهاد غيره ثم تغير اجتهاد ذلك الغير إلى جهة أخرى وأعلمه أثناء الصلاة فإنه يجب عليه أن يتحول إلى ما أدى إليه الاجتهاد الثاني ويتم الصلاة من غير إبطال لما أداه منها، بقي ما إذا علم بالرأى الجديد قبل العمل فهنا يحرم عليه العمل بالرأى الاول^(٥).

(١) فلو كان قد اجتهد أولا وهذه اجتهاده إلى إجازة نكاح المرأة بلا ولى فتزوج من باشرت العقد بنفسها دون إذن وليها ثم تغير اجتهاده بعد ذلك ولم يتصل باجتهاده الاول حكم قضائي بثبته، فإنه يلزمه نقض اجتهاده الاول ومفارقة الزوجة ثم العقد عليها عن طريق وليها، وإلا كان مستديما لحل الاستمتاع بها على خلاف معتقده، وكذلك لو اجتهد فأداه اجتهاده إلى أن مسح جزء من الرأس يحقق الغرض من الوضوء فعمل بمقتضى ذلك وصلى ثم تغير اجتهاده فرأى أنه لابد من مسح جميع الرأس وجب عليه أن يعيد الوضوء والصلاة.

(٢) في حاشية المطار على جمع الجوامع ج ٢ ص ٣٩٢ «أما إذا لم يعلم المستفتى برجوعه فكانه لم يرجع في حقه».

(٣) وفي المرجع السابق «ولا ينقض معموله لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد».

(٤) وفي جمع الجوامع وشرحه ج ٢ ص ٣٩٢ «ومن تغير اجتهاده بعد الإفتاء أعلم المستفتى بتغيره ليكف عن العمل إن لم يكن عمل» وهذا يفيد أن الحكم الجديد ليس له أثر رجعي بالنسبة للمستفتى لأنه كما يقول لا ينقض معموله... إلخ.

بينما الأمدى في الأحكام ج ٤ ص ٢٧٤ يقول : إذا تغير اجتهاده وعلم به المستفتى بعد أن عمل بالحكم الاول اختلفوا هل يجب على المقلد اتباع الحكم الجديد في نفس الواقعة. ورأى أن الحق نقض عمله السابق وقامه على من قلده مجتهدا في استقبال القبلة ثم تغير اجتهاده إلى جهة أخرى أثناء صلاة المقلد فإنه يجب عليه التحويل، واضح أن المقيس عليه هو أثناء العمل وكلامنا فيما بعد العمل فلا وجه لقياس الأمدى ما نحن فيه على مسألة القبلة.

(٥) يقول ابن القيم في إلهام الموقعين ج ٤ ص ٢٢٢ . وعندى في المسألة تفصيل فارجع إليه.

٣ - أما إذا كان المجتهد حاكما وحكم بمقتضى اجتهاده ثم تبين له خطأ اجتهاده واهتدى إلى رأى آخر، فإنه بالاتفاق لا يجوز نقض الحكم ما دام لم يخالف دليلا قاطعا^(١) أو نصا أو قاعدة أو قياسا جليا، وذلك لمصلحة الحكم نفسه إذ لو نقض بتغيير اجتهاده أو باجتهاد حاكم آخر لما استقرت الأحكام، وإنما يقضى فيما يعرض عليه من أقضيات فى الموضوع نفسه بما أداه إليه اجتهاده الأخير، وقد حدث هذا لعمر بن الخطاب^(٢) فقال : «ذلك على ما قضيناه وهذا على ما نقضى».

هذا والمحاكم عندنا غير ملزمة قانونا بالتقيد باجتهاد سابق ولا ملزمة باتباع اجتهاد المحكمة العليا وإن كانت تقيد به غالبا، على أن المحاكم فى المجترة - كما أشرنا - ترى للاجتهاد أهمية كبرى وأن مصدر القضاء هو الاجتهادات السابقة التى تمثل فى الواقع أعرافهم.

(١) الأحكام للامدى ج ٤ ص ٢٧٣، والغزالي فى المستصفى ج ٢ ص ٣٨٢ / ٣٨٣ حيث يقول: «وحكم الحاكم لا ينقض إلا إذا خالف نصا أو دليلا قاطعا أو قياسا جليا» ومثله فى جميع الجوامع ج ٢ ص ٣٩١.

وفى النبصرة لابن فرحون ج ١ ص ٥٥ / ٥٦ «إن حكم الحاكم لا يستقر فى أربع مواضع وينقض، وذلك إذا وقع على خلاف الإجماع أو القواعد أو النص الجلى أو القياس كما لو حكم بأن الميراث كله للأخ دون الجدة لمخالفته للإجماع .. وهكذا ... قال القرافي هذا إذا لم يكن لها معارض راجع عليها، أما إذا كان لها معارض فلا ينقض الحكم إذا كان وفق المعارض الراجع إجماعا كالتقضاء بصحة عقد القراض والمساقاة فإنها على خلاف القواعد والنصوص والأقيسة ولكن أدلتها خاصة وهى مقدمة على القواعد والنصوص والأقيسة».

ثم عقد فصلا فى نقض القاضى أحكام نفسه وذلك إن ظهر له الخطأ وإن كان قد أصاب قول قائل ... فإن عزل أو مات بعد ما حكم به لم يكن لغيره فسخ شئ من أحكامه مما فيه اختلاف وإن كان وجها ضعيفا ...».

(٢) وقد عرضت عليه قضية وقائمها تتلخص فى أن امرأة ماتت من زوجها وأما وإخوتها لامها وأخ شقيق. فقضى للزوج بالنصف وللأم بالسدس وللإخوة للام بالثلث فرضا ولا شئ للأخ الشقيق لأنه عاصب ولم يبق له شئ، ولما عرضت عليه مسألة أخرى ماثلة وقال له الإخوة الأشقاء عيب أن أبانا حجرا أليست أمنا واحدة؟ فقضى بإشراكهم مع الإخوة لأم فى الثلث مخالفا قضاء الأول دون نقض له. راجع لنا الوصايا فى الفقه الإسلامى «القسم الأول وصية الله فى الميراث» وراجع التقرير والتحجير لابن أمير الحاج ج ٣ ص ٣٣٥، وتيسير التحرير ج ٤ ص ٢٣٤.

كما أن ما قرره الفقهاء في موضوع نقض الحكم إذا خالف نصا أو قياسا جليا أو دليلا قاطعا أشبه بما يكون عليه العمل الآن من نقض^(١) الأحكام إذا خالفت نصا من نصوص القانون.

هل يتصور أن يكون للمجتهد رأيان في المسألة،

قد يوجد في المسألة دليلان متعارضان متساويان في القوة، ويمكن أن يقول بكل واحد منهما قائل فحينما ينقل عن الفقيه القولان في المسألة فهما ليسا بقولين له على الحقيقة وإنما يقصد أن يبين أن المسألة محتملة لكليهما، ويمكن أن يقال بواحد منهما، ولا يعتبر هذا في الواقع قولاً للمجتهد ولا حكماً شرعياً بالمتناقضين أو المتباينين أو المتغايرين، وإنما هو تردد من هذا المجتهد في الحكم، كما حدث من تردد الإمام الشافعي بالنسبة للبسملة هل هي آية من أول كل سورة أم لا فنسب له في ذلك قولان. ومنه ما نقل عن أبي حنيفة والشافعي وأحمد بن حنبل أن لكل منهم قولين في مسألة: هل كل مجتهد مصيب. أي نقل عنهم القول بالتصويب وبالتخطئة^(٢).

على أنه إذا لم يكن ذلك ترددا من الفقيه فإنه لا بد أن يكون أحدهما ناسخا للآخر، فإن عرف القول المتأخر منهما رمنا كان هو الناسخ والمعتبر، وإلا إذا نص عليهما كذلك في وقت واحد نبحت عن ترشيحه لأحدهما، وإلا فإننا نمتنع عن الأخذ بواحد منهما إذ قد يكون هو المنسوخ المعدول عنه أو المرجوح^(٣).

(١) وفكرة النقض عرفها القانون نتيجة لتعدد المحاكم، كما عرف الطعن في الأحكام وكل هذا خروج على أصل حجية الأحكام التي تقضى أن يكون حكم القاضي حاسما للنزاع فلا يثار مرة أخرى أمام القضاء. راجع الأستاذ الدكتور أحمد مسلم في أصول المرافعات سنة ١٩٥٧ «تعدد المحاكم وتدرجها».

(٢) راجع الأحكام للامدى ج ٤ ص ٣٣٣، نهاية السؤل على البيضاوى بهامش التقرير والتحجير ج ٣ ص ٢١٧ «ونقل عن الأئمة الأربعة التخطئة أما القول الآخر له بأن كل مجتهد مصيب فقد حكاه عنه ابن الحاجب».

(٣) راجع الأحكام للامدى ج ٤ ص ٢٦٩ / ٢٧٣.



المبحث الثاني

هل المجتهد يصيب ويخطئ، وهل المخطئ آثم

أساس بحث هذا الموضوع في الواقع هو: هل لله سبحانه وتعالى في كل مسألة حكم قد يصل إليه بعض الناس ولا يصل إليه البعض الآخر. فيكون الحق الذي ينشده المجتهدون واحداً، ومن هدهاء إليه اجتهاده قد أصاب الحق، أم الحكم فيما يسوغ فيه الاجتهاد من الظنيات هو ما يؤدي إليه اجتهاد كل مجتهد، وعلى هذا فإن الحق الذي ينشده المجتهدون متعدد، ويكون كل مجتهد مصيباً فيما أدى إليه اجتهاده؟.

وبحثنا هنا في هذه المسألة إنما نقتصر فيه على مسائل الفروع^(١) لأنها هي محل بحث الأصوليين الفقهاء أصالة، أما ما يتعلق بالعقائد والعقليات فمحل

(١) الواقع أن حكم الله يجرى في العقليات التي تترك بالعقل كالعقائد كما يجرى في مسائل الفقه الشابتة بنصوص قطعية أو ظنية، وكذلك يجرى في الفروع التي لم ينص على أحكامها. والاجتهاد بالاصطلاح الفقهي إما يكون في الظنيات، ولذا أثرنا أن نقصر كلامنا هنا عليها، أما بالنسبة للعقليات وما يتعلق بالعقائد فهذه مجمع على أن الله فيها حكماً معيناً ومخالفة آثم أو كافر. ولم يخالف في ذلك سوى الجاحظ وعبيد الله بن الحسن العنبري، فأما الجاحظ فإنه وإن كان مع جمهور المسلمين جميعاً من أهل السنة والمعتزلة في أن الحق في العقائد واحد وإن وافقه فهو المصيب، ومن لم يهتد إليه فهو المخطئ إلا أنه يرى أن المخطئ هنا لا إثم عليه ما دام غير معاند لأنه بذل أقصى مجهوده، واستدل بقول الله تعالى ﴿لا يكلف الله نفساً إلى وسعها﴾ والمجتهد هنا قد أفرغ وسعه لكنه عجز عن إدراك الحق. وهذا الرأي مع مخالفته للإجماع فإنه محل نظر وله شبهة.

وأما عبيد الله العنبري فإنه سلك مسلكاً آخر خالف به الجميع إذ يقول: إن الحق حتى في العقائد غير متعين، وأنه متعدد. وهو ما يصل إليه كل مجتهد باجتهاده فيكون كل مجتهد حتى في العقليات والعقائد مصيباً، ويكون حكم الله هو ما أدى إليه كل اجتهاد، وهذا الرأي - كما يبدو - غريب، راجع الأمدى ج ٤ ص ٢٣٩ وراجع منتهى السؤل ج ٣ ص ٣١٤، جمع الجوامع لابن السبكي ج ٢ ص ٣٨٩.

وأما بالنسبة لما ثبت بدليل قطعي من المسائل الفقهية كوجوب الصلوات الخمس فالحق فيها واحد والمخالف فيه آثم إن كان فيما علم قطعاً بطريق النظر كالأحكام المعلومة بالإجماع، وكافر إن كان فيما علم من الدين بالضرورة من مقصود الشارع، وهذا ليس موضع اجتهاد بالمعنى الأصولي. راجع جمع الجوامع وشرحه لجلال المحلى ج ٢ ص ٣٨٩، وفي الأمدى ج ٢ ص ٢٤٧. وإن كان في المسألة نص فإن قصر في طلبه فهو مخطئ آثم وإن لم يقصر لكن تعذر عليه الوصول إليه لبعد المسافة أو لخباء الراوي له وعدم تبليغه فلا إثم عليه.

دراسته أصلاً هو علم الكلام، وعلى ذلك فنقول إن في هذه المسألة مذهبيين للأصوليين نعرضهما ونذكر أدلتهما بكل إيجاز.

مذهب المعتزلة :

يرى المعتزلة أن حكم الله في المسألة الاجتهادية هو ما اهتدى إليه المجتهد باجتهاده، وليس لله فيه حكم معين من قبل، وهذا يفيد أن الحق متعدد وأن كل مجتهد مصيب، ولذا فإنهم يسمون بالمصوبة واستدلوا بالآتي:

١ - إن تحرى القبلة عند عدم معرفتها تتأدى معه الصلاة حتى ولو اختلفت جهاتها اتفاقاً. فهذا يدل على تعدد الحق وأن كل مجتهد مصيب، فكذاك سائر الأحكام.

٢ - المجتهد مكلف بإصابة الحق بمقتضى قول الله تعالى : ﴿فاعتبروا يا أولى الأبصار﴾ ولو لم يكن مكلفاً بذلك لكان عبثاً والتكليف بما ليس في وسع الإنسان ممنوع بقول الله تعالى : ﴿لا يكلف الله نفساً إلا وسعها﴾ فلزم أن يكون حكم الله هو ما يصل إليه كل مجتهد، وعلى هذا فالحق متعدد وكل مجتهد مصيب.

مذهب أهل السنة :

يرى أهل السنة - وهم يكوّنون جمهور المسلمين - أن الله تعالى في كل مسألة اجتهادية حكماً معيناً، وبناء عليه يكون الحق في المسألة واحداً، من هذاه اجتهاده إليه فقد أصاب، ومن لم يوفق في اجتهاده إليه فهو غير مصيب. وبناء على هذا أن المجتهد يخطئ ويصيب، ولذا فإنهم يسمون بالمخطئة^(١) واستدلوا بالآتي :

(١) وقال فريق من أهل السنة أن المخطئ في الاجتهاد مخطئ ابتداءً بالنظر إلى الدليل وانتهاءً بالنظر إلى الحكم لقوله تعالى فيما قاله الصحابة بشأن أسرى بدر وقد رأوا أخذ الفداء منهم وخالفهم عمر «لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم» ولو كانوا مصيبين من وجه لما استحقوا العذاب.

وتدّ أن آخرون أن المخطئ في الاجتهاد يكون خطؤه انتهاءً فقط بالنظر إلى الحكم أما بالنظر إلى الدليل في الابتداء فمصيب إذ لو كان الخطأ فيهما لما قال الله ﴿وكلا آتينا حكماً وعلماً﴾ مع أن داود قد أخطأ الحكم فلو كان مخطئاً ابتداءً أيضاً لما وصف بأنه ﴿أوتى حكماً وعلماً﴾ كما أن السنة جاءت بأن المخطئ له نصف أجر المصيب فلا بد أنه قد أصاب الدليل. وفي هذا يقول أبو حنيفة «كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد».

١ - قال الله تعالى : ﴿ وداود وسليمان إذ يحكمان في الحَرْثِ إِذْ نَفَشْتَ فِيهِ غَنَمَ الْقَوْمِ وَكُنَا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ﴾ ففهمناها سليمان وكلا آتينا حكما وعلما ﴿ فخصَّ الله سليمان بالفهم وإصابة الحكم في القضية المعروضة عليه وعلى أبيه داود، مع أنه قال بالنسبة لهما معا ﴿ وكلا آتينا حكما وعلما ﴾ ولو كان كل واحد منهما مصيبا لما كان هناك معنى لتخصيص سليمان بالفهم دون أبيه لأن الضمير في فهمناها للواحدة أى فهمنا سليمان الحكومة. ولذا فإن داود قال لابنه : «القضاء ما قضيت»^(١).

٢ - الأحاديث الكثيرة التي تعددت طرقها، وأدى معناها إلى أن المجتهد قد يصيب وقد يخطئ، ومنها « إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر »، وقوله : «جعل الله للمصيب عشر حسنات وللمخطئ حسنة » فهي وما في معناها تدل في مجموعها على أن المجتهد قد يخطئ، كما تدل على أن المخطئ هنا غير آثم بل مأجور على ما بذل.

٣ - كما أنه قد أثر عن الصحابة والتابعين والأئمة أنهم اجتهدوا واختلفوا، وكان كل منهم يقول إن كان صوابا فمن الله وإن يكن خطأ فمني وأستغفر الله أو ما في هذا المعنى^(٢) مما يفيد إجماعهم على أن الحق من أقاويلهم ليس إلا واحدا.

(١) وأصل الموضوع أن رجلين كان لأحدهما ربع، وكان للآخر غنم، فانفلتت الغنم ليلا وأتلفت الحَرْث «الزروع» فاخصما إلى داود فحكم بالغنم لصاحب الحَرْث، وبالحَرْث لصاحب الغنم، وكان سليمان بن داود حاضرا فرأى أن يتفق صاحب الحَرْث بما تنتجه الغنم فترة يصلح فيها صاحب الغنم الحَرْث ثم يترادا.

(٢) ومنه ما نقله الأمدى في الأحكام ج ٢ ص ٢٥١ ومنه قول أبي بكر في الكلاله : «أقول فيها برأى فإن يكن صوابا فمن الله وإن يكن خطأ فمني ومن الشيطان» وما قاله عمر : «إن عمر لا يدري أنه أصاب الحق لكنه لم يأل جهدا» ومنه قول علي لعمر وقد استحضر امرأة حاملا فأجهضت وقال له عثمان وعبد الرحمن بن عوف إنما أنت مؤدب لا نرى عليك شيئا، فقال علي : إن كانا قد اجتهدا فقد أخطأ وإن لم يجتهدا فقد غشاك أرى عليك الدية.

والحق أنه وإن كان لكل فريق وجهة نظر قوية معتبرة إلا أننا نرى أن الموضوع برمته بحته نظري صرف لا أثر له إلا من حيث التسمية والاعتبارات، ونحن مع هذا نشعر في نظام الحياة ومجرياتها أن العقلاء وذوى الرأى والتفكير السليم يخالف بعضهم بعضاً، ونشعر بأن بعض المتخالفين على صواب، وإن كنا لا نلوم المخطئ إذا تحرى الصواب فأخطاه، بل إننا قد نشكره على ما بذل من مجهود.

وعلى كل فالحق يعلمه الله والاجتهادات الفقهية على اختلافها الكثير نسبتها جميعاً إلى الشريعة صحيحة معتبرة. وإن كانت متفاوتة في درجة قربها من الصواب ومسايرتها لحكمة التشريع.

هل المجتهد المخطئ آثم ،

وعلى كل فإن المخطئ في الأحكام الشرعية التي يسوغ فيها الاجتهاد اتفق أهل الحق من المسلمين على أن الإثم محطوط عنهم، لأن المجتهد قد بذل جهده وأفرغ وسعه ولم يقصر في بحثه واجتهاده بالقدر الذي أعطاه الله له من الفهم والإدراك، ولو كانت هذه المسائل الاجتهادية نازلة منزلة الأحكام القطعية كتحریم الزنا والقتل ووجوب العبادات الخمس لبالغ الصحابة والتابعون والأئمة على تأييم المجتهد الذي ينكرون قوله. وهو ما لم ينقل عن أحد منهم.

وخالفه في ذلك بشر المريسى وابن عُلَيَّة وأبو بكر الأصم والظاهرية والإمامية من نفاة القياس^(١).

وقالوا إن المجتهد إذا أخطأ فهو آثم وحسابه عند الله.

والواقع أن أهل السنة بعد أن اتفقوا على أن الحق واحد، قال جمهورهم إن

(١) راجع الأحكام للامدى ج ٤ ص ٢٤٤ وفيه ذكر الأدلة على القولين.



حكم الله فيما يسوغ فيه الاجتهاد قامت عليه الأدلة الظنية^(١) والمجتهد غير مكلف بإصابته لخفائه، ومن أصابه فله اجران ومن أخطأ فله اجر واحد. ثم اختلف هؤلاء في المخطئ هل هو مخطئ في إصابة الحكم وفي النظر إلى ما يدل عليه أم هو مصيب ابتداء بالنظر إلى الدليل ومخطئ انتهاء بالنظر إلى الحكم^(٢).

أما نفاة القياس ومن معهم فقالوا إن الحكم الاجتهادي قام عليه دليل قطعي وقد كلف المجتهد بإصابته، وقال بعضهم إن لم يدركه فهو آثم. وهو بحث كسابقه نظري بل هذا أبعد من سابقه ولا أثر له في الحياة العملية وعلمه عند الله فهو الذي يثيب أو يعاقب في الآخرة.

(١) ومنهم من قال إنها لم يقم عليها أي دليل ومن ظفر به فهو كمن ظفر على كتف دفين وهذا له اجران ومن لم يظفر به يستحق اجرا على كده وتعبه.

(٢) وهذا ما أثاره صدر الشريعة في كتابه التوضيح والتلويح ج ٣ ص ٦٤.

الفصل الثالث

التقليد والتلفيق

المبحث الأول

التقليد وحكمه وهل يلتزم المقلد رأي من قلده ومذهبه

مبحث التقليد والفرق بينه وبين الاتباع:

التقليد : هو العمل بقول من ليس قوله إحدى الحجج الشرعية، بلا حجة منها^(١). أو هو قبول قول بلا حجة كما يقول الغزالي وابن السبكي^(٢). أو هو العمل بقول الغير من غير حجة ملزمة كأخذ العامي بقول العامي، وأخذ المجتهد بقول مجتهد مثله كما يقول الأمدى^(٣).

وعلى هذا فليس من التقليد عند الأمدى الرجوع إلى النبي وإلى الإجماع لأن كلا منهما حجة شرعية ومصدر، وليس منه أيضا عمل العامي بقول المفتي، وعمل القاضى بقول العدول لأن النص قد أمر العامي بأن يأخذ بقول المفتي، والقاضى أن يأخذ بقول العدول، فلا يسمى أحد هؤلاء مقلدا لأن المجتهد إنما يتبع ما قام عنده بحجة، وغيره يكون قول المجتهد الذى يأخذ عنه حجة بمنزلة الدليل بالنسبة له، فلو جار تسمية العامي مع هذا مقلدا لجار تسمية المجتهد مقلدا أيضا، أما إذا تعارف الناس على تسمية هذا تقليدا فهو اصطلاح ولا مشاحة فى اللفظ^(٤). وأما حقيقة التقليد فهى أن يرجع المجتهد إلى مثله والعامي إلى مثله.

(١) التقرير والتحجير ج ٣ ص ٢٤٠

(٢) المستصفى للغزالي ج ٢ ص ٣٨٧، وجمع الجوامع ج ٢ ص ٣٩٣.

(٣) فى الأحكام ج ٤ ص ٤٩٧.

(٤) الأحكام للأمدى ج ٤ ص ٣٩٨.

فأخذ الحكم مع معرفة دليله وإن وافق قول مسجته به فإنه اتباع لا تقليد إذ هو في الحقيقة أخذ من الدليل لا من المجتهد^(١)، لأن معرفة الدليل تتطلب نوع اجتهاد يتوقف على معرفة سلامة الدليل من المعارض، فالاتباع كما ينقل لنا ابن القيم^(٢) : «ما ثبت عليه حجة والمتبع كل من أوجب الدليل عليه اتباع قول غيره».

حكم التقليد :

قلنا أن المجتهد لا يجوز له اتفاقا مخالفة ما وصل إليه باجتهاده تقليد غيره فيه، بل يحرم عليه ذلك^(٣). أما إذا كانت مسألة لم يسبق فيها اجتهاد وقد اجتهد غيره فيها فهل يجوز له أن يقلد من اجتهد أم يلزمه أن يجتهد هو فيها؟ المختار أنه يحرم عليه التقليد فيها ويجب عليه الاجتهاد لتمكنه منه فيها، ولأن الاجتهاد هو الأصل ولا يجوز العدول عن الأصل الممكن إلى بدله^(٤). ولأن المجتهد مأمور بالاعتبار بقوله تعالى : ﴿فاهتنبوا يا أولى الأبصار﴾^(٥) ولا يلزم من جواز التقليد في حق العامي العاجز عن التوصل إلى تحصيل مطلوبه من الحكم جواز ذلك في حق من له أهلية التوصل إليه وهو قادر

(١) المطار على جمع الجوامع ج ٢ ص ٣٩٤.

(٢) أعلام الموقعين ج ٢ ص ١٧٨. هذا وقد روى أنه كان مالك وعبد العزيز بن أبي سلمة ومحمد بن إبراهيم بن دينار وغيرهم يختلفون إلى أبي بكر بن هرمز فكان إذا سأله مالك وعبد العزيز أجابهما، وإذا سأله ابن دينار لا يجيبه فتعرض له ابن دينار يوما فقال له : يا أبا بكر يسألك مالك وعبد العزيز فتجيبهما، وأسألك أنا فلا تجيبني؟ فقال : إنى قد كبرت سنى ودق عظمى وأنا أخاف أن يكون خالطنى في عقلى مثل الذى خالطنى فى بدنى، ومالك وعبد العزيز عالمان فقيهان إذا سمعا منى حقا قبلاه وإن سمعا خطأ تركاه وأنت ما أجبتك به قبلته.

(٣) ابن السبكي ج ٢ ص ٣٩٥ «أما ظان الحكم باجتهاده فيحرم عليه التقليد لمخالفته به لوجوب اتباع اجتهاده» وراجع الأمدى ج ٢ ص ٩٥.

(٤) ابن السبكي ج ٢ ص ٩٥.

(٥) نهاية السؤل ج ٣ ص ٣٣٦.

عليه^(١)، وهناك أقوال أخرى ذكرها الأمدى وابن الحاجب وأشار إليها الأسنوى^(٢).

أما من لم يبلغ مرتبة الاجتهاد سواء أكان عامياً محضاً أو ترقى عن رتبة العامة بتحصيل بعض العلوم المعتبرة فى رتبة الاجتهاد فهل يجوز له الاستفتاء والتقليد؟ الواقع أنهم فرقوا بين مسائل الفروع وبين مسائل أصول الدين من العقائد على الوجه الآتى:

التقليد فى مسائل الفروع :

واختلفوا فى مسائل الفروع على ثلاثة مذاهب أصحابها عند المحققين من الأصوليين أنه يلزمه اتباع قول المجتهد والأخذ بفتواه^(٣) لقول الله تعالى : ﴿فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون﴾ ولأن غير المجتهدين لو كانوا مكلفين بالاجتهاد لادى ذلك إلى تفويت معاشهم وتعطيل الصنائع والحرف لتفرغهم للاجتهاد وخاصة أن مسائل الفروع كثيرة متعددة متجددة بخلاف مسائل أصول الدين، ولابد للعامة وغير المتخصصين من معرفة أحكام الفروع، كما أن العامة ومن ليس لهم القدرة على الاجتهاد كانوا يستفتون المجتهدين ويتبعونهم فى الأحكام الشرعية فى زمن الصحابة والتابعين دون نكير منهم بل كانوا يسارعون

(١) الأمدى ج ٤ ص ٢٧٨.

(٢) الأمدى ج ٤ ص ٢٧٥، ابن الحاجب ج ٢ ص ٣٩٥، نهاية السؤل بهامش التقرير والتحجير ج ٣ ص ٣٣٦ حيث نقلها ملخصة فيقول : «حكى الأمدى وابن الحاجب سبعة وجوه : الأول هو المختار - وقد ذكرناه فى الصلب. الثانى جواز التقليد فيها مطلقاً وهو مذهب أحمد. الثالث يجوز فيما يخصه دون ما يفتى به. الرابع يجوز فيما يخصه عند مخافة فوات وقته لو اشتغل بالاجتهاد. الخامس يجوز تقليد من هو أعلم منه فيها وهو رأى محمد بن الحسن. والسادس يجوز تقليد الصحابى فقط فيها بشرط أن يكون أرجح فى نظره من باقيهم وهو رأى الشافعى. السابع يجوز تقليد الصحابى والتابعى فيها دون غيرهما. الثامن يجوز تقليد الأعلم أياً كان بشرط تعذر الاجتهاد، وهذا الأخير قد ذكره الأمدى دون ابن الحاجب.

(٣) الأمدى ج ٤ ص ٣٠٦، ابن الحاجب ج ٢ ص ٣٩٤ نهاية السؤل ج ٣ ص ٣٣٤، المستصفى للغزالي ج ٢ ص ٣٨٩. وقيل لا يجوز التقليد بل يجب التعرف على الدليل وأن يطعن إلى صحة الحكم بدليله وهو قول بعض المعتزلة. وقيل يجوز التقليد فى المسائل الاجتهادية دون الأحكام التى ثبت بالنص وهو قول الجبائى.

بإجاباتهم من غير إشارة إلى ذكر الدليل في كثير من المسائل، كما أنهم قالوا إن المجتهد بالنسبة للعامة ومن في حكمه كالدليل بالنسبة للمجتهد^(١).

التقليد في مسائل الأصول :

أما فيما يتعلق بمسائل الأصول المتعلقة بالعقائد من وجود الله وما يجوز عليه وما لا يجوز وما إلى ذلك فإن أكثر الأصوليين على أنه لا يجوز التقليد فيها بل يجب النظر في الدليل الإجمالي حتى بالنسبة للعوام^(٢)، وليس في هذا ما يشغلهم عن معاشهم كما قلنا بالنسبة لمسائل الفروع؛ لأن مسائل الأصول محدودة وأدلتها إجمالية كما أنها غير متجددة. ولأن الناس مأمورون في مسائل أصول الدين بتحصيل العلم اليقيني وهو المأخوذ عن الدليل دون التقليد الذي لا يفيد إلا ظنا. ويدل على وجوب النظر في مسائل أصول الدين أنه لما نزل قول تعالى : ﴿إِن فِي خَلْقِ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ...﴾ قال عليه السلام: «ويل لمن لاكها بين لحية ولم يتفكر فيها»^(٣)، كما أن الأصل في التقليد أنه مدموم شرعا فلا يكون جائزا، وما ذكرناه في مسائل الفروع خروج عن الأصل وبيان ذم التقليد قوله تعالى حكاية عن قوم : ﴿إِنَّا وَجَدْنَا آبَاءَنَا عَلَىٰ أُمَّةٍ وَإِنَّا عَلَىٰ آثَارِهِم مُّقْتَدُونَ﴾^(٤).

هذا وقد أقاض ابن القيم في ذم التقليد وفساده وقال^(٥) : إن التقليد منه ما يجب المصير إليه، ومنه ما يسوغ من غير إيجاب. ومنه ما يحرم القول فيه، وهذا

(١) راجع الشاطبي في الموافقات ج ٤ ص ٢٩٢ والمستصفي ج ٢ ص ٣٦١ .

(٢) وفي الشريتي على جمع الجوامع ج ٢ ص ٤٠٣ «إن العوام غير مقلدين هنا لنظرهم في الدليل الإجمالي» وذهب العنبري ومن تابعه إلى جواره. بل قال بعضهم إنه واجب والنظر فيه حرام. راجع ابن السبكي وشرحه ج ٢ ص ٤٠٥، والآمدى ج ٤ ص ٣٠٠، والمستصفي للغزالي ج ٢ ص ٣٨٧ .

(٣) الآمدى ج ٤ ص ٣٠٠، جمع الجوامع وشرحه ج ٢ ص ٤٠٤ .

(٤) راجع الآمدى ج ٤ ص ٣٠١ .

(٥) إعلام الموقعين ج ١ ص ١٦٨ وقد بحث هذا الموضوع وأسهب في مناقشته من ص ١٦٨ إلى ص ٢٦٠ .

ثلاثة أنواع: الإعراض عما أنزل الله اكتفاء بتقليد الآباء. والثاني تقليد من لا يعلم المقلد أنه أهل للأخذ بقوله، الثالث التقليد بعد قيام الحجة على خلاف قول من يريد أن يأخذ برأيه، ثم قال^(١): إن التقليد مذموم، ولا خلاف بين أئمة الأمصار على فساد التقليد، وأنهم نهوا عن تقليدهم وذموا من أخذ أقوالهم بغير حجة، فقال الشافعي: «مثل الذي يطلب العلم بلا حجة كمثّل حاطب ليل يحمل حزمة حطب فيه أفعى تلدغه وهو لا يدري» ولعل هذا بالنسبة لمن يستطيع النظر في الدليل.

هل يأخذ المقلد برأيه أم مجتهد ؟

القائلون بأن العامي ومن في حكمه يلزمه اتباع المجتهدين واستفتاءهم اتفقوا على جواز استفتاء من هو معروف له بالاجتهاد وعدم استفتاء من عرف بالجهل، لكنهم اختلفوا في جواز استفتاء من لا يعرفه. والجمهور على عدم الجواز لاحتمال أن يكون غير عالم وغير مجتهد، وقال قوم: يجوز وليس عليه البحث، وهذا كما يقول الغزالي^(٢) «فاسد لأن كل من وجب عليه قبول قول غيره لزمه معرفة حاله، فيجب على الأئمة معرفة حال الرسول ووجب على الحاكم معرفة حال الشاهد في العدالة، وعلى المجتهد معرفة حال الراوي، وعلى الرعية معرفة حال الإمام والحاكم. ثم قال: ويكفي لتعرف المستفتى حال المفتي بغالب الظن الحاصل بقول عدل أو عدلين».

وإذا كانت البلد التي هو بها لا يوجد فيها إلا مفت واحد، وجب الرجوع إليه، وإن تعددوا وتفاضلوا فهل يتخير الأفضل أم يسأل أي واحد منهم ولو كان مفضولاً؟ اختلفوا: قال الحنفية والمالكية وأكثر الشافعية وأحمد في رواية وطائفة كبيرة من الفقهاء^(٣) لزمه أن يجتهد ليتخير أكثرهم ورعا ودينياً^(٤) لأن المجتهد بالنسبة

(١) إعلام الموقعين ج ٢ ص ١٨٠، ١٨٢.

(٢) المستصفى ج ٢ ص ٣٩٠، الأمدى ج ٤ ص ٣١١، نهاية السؤل ج ٣ ص ٣٤٧، التقرير والتحبير ج ٣ ص ٣٤٥.

(٣) راجع التقرير والتحبير ج ٣ ص ٣٤٩ - راجع الموافقات للشاطبي ص ٧٢.

(٤) وهو مذهب أحمد وابن سريج والقفال من أصحاب الشافعي. راجع الأمدى ج ٤ ص ٣١٧.

للعامى كالأدلة بالنسبة للمجتهد فيجب عليه الترجيح بينهم كما يجب على المجتهد الترجيح بين الأدلة، ويمكن أن يتخير بينهما بطريق التسامع والشهرة.

وقال جماعة من الفقهاء الأصوليين: يسأل أيهم شاء دون أن يلزمه البحث عن الأفضل حتى مع وجود التفاضل بينهم، أى يجوز تقليد المفضل مع وجود الأفضل^(١)، لأن الصحابة كان فيهم الفاضل والمفضل من المجتهدين، ومع هذا لم ينقل عن أحد من الصحابة والسلف تكليف العوام الاجتهاد فى أعيان المجتهدين، ولا أنكر أحد منهم اتباع المفضل مع وجود الأفضل.

ونقل ابن السبكي وابن أمير الحاج رأيا ثالثا هو جواز اتباع من يعتقد أنه أفضل أو مساو، واختار ابن السبكي هذا الرأي، ثم قال: «فلا يجب البحث عن الأرجح؛ لأن الترجيح بالأفضلية فى اعتقاد المقلد وإن لم يثبت عنده بأمانة»^(٢).

هل يتقيط المقلد براءته من قلة :

إذا اتبع العامى بعض المجتهدين فى حكم حادثة وعمل بقوله فيها فإنه بالاتفاق^(٣) ليس له الرجوع عنه إلى رأى آخر^(٤) فى نفس الواقعة التى استفتى

(١) يقول ابن أمير الحاج فى التقرير والتحبير ج ٣ ص ٣٤٩ وفى أصول ابن مفلح : يجوز تقليد المفضل عند أكثر أصحابنا كالقاضى وأبى الخطاب وصاحب الروضة، ويقول الجلال المحلى فى شرحه على جمع الجوامع ج ٢ ص ٣٩٦ أن ابن الحاجب قد رجح هذا الرأى - وقد رجحه الأمدى فقط لدليل الإجماع ولذا يقول فى الأحكام ج ٤ ص ٢١٨ : «ولولا إجماع الصحابة على ذلك لكان قول الخصوم أولى» ويبدو من كلامه أنه يرجح القول بعدم الجوارى، وينقل الغزالى فى المستصطفى ج ٢ ص ٣٩١ : أما إذا كان أحدهما أفضل وأعلم فى اعتقاده اختار القاضى أنه يتخير أيضا لأن المفضل أيضا من أهل الاجتهاد إذا انفرد، فكذلك لو كان معه غيره فزيادة الفضل لا تؤثر - ثم قال - والاولى عندى أنه يلزمه اتباع الأفضل.

(٢) جمع الجوامع جزء ٢ ص ٣٩٦ والتقرير ج ٣ ص ٣٤٩.

(٣) وفى التقرير والتحبير ج ٣ ص ٣٥٠ «قال الزركشى: وفى كلام بعض الأصوليين ما يقتضى جريان الخلاف بعد العمل أيضا» ثم قال : وكيف يمتنع إذا اعتقد صحته.

(٤) ونقل ابن أمير الحاج فى جمع الجوامع ج ٢ ص ٤٠٠ «قيل يلزمه العمل به بمجرد الإفتاء وقيل بالشروع فى العمل وقيل يلزمه إن التزمه، وقال السمعاني : يلزمه إن وقع فى نفسه صحته، وقال ابن الصلاح: يلزمه إن لم يوجد مفت آخر ... والأصح جوازه».

فيها، لا في غيرها ولا فيما يماثلها لأنه كما لم يجرز للمجتهد نقض ما أمضاء فكذا لا يجرز للمقلد لأن اتصال الإمضاء بمنزلة اتصال القضاء واتصال القضاء يمنع النقض فكذا اتصال الإمضاء^(١).

أما في غيرها من المسائل فالحق أنه يجوز لما قلنا من أنه يجوز للمقلد أن يقلد من يشاء، ولأنه لم ينقل عن أحد من السلف الحجر على العامة في ذلك لأن كل مسألة لها حكم نفسها. فكما لم يتعين الأول إلا بعد سؤاله فكذلك في المسألة الأخرى وهو المختار^(٢).

هل يجب أن يتقيد بمذهب معين ؟

أما إذا عين العامي لنفسه مذهباً انتسب إليه والتزمه مع أن هذا لا يلزم في الراجح وهو رأى الجمهور^(٣)، فإنه قيل لا يصح له الرجوع عنه لأنه التزمه وإن لم يجب التزامه قبل ذلك، وقاسوه على من أخذ بقول إمام في مسألة واتصل عمله بها، وقيل لا يجوز فيما عمل به ويجوز في غيره، قال ابن السبكي: وهو الأعدل، قال الكمال بن الهمام: هو الغالب على الظن^(٤)، وقيل يجوز إذا التزم ما لا يلزم غير ملزم، ولا واجب بالاتباع إلا ما أوجبه الله ورسوله وما أمرنا الله أن نتعبد على مذهب أحد. على أن التمسك بمذهب إنما يكون لمن له نوع نظر واستدلال أو لمن قرأ كتاباً في فروع هذا المذهب وفتاوى إمامه، وقال ابن حزم: «أجمعوا على أنه لا يحل لحاكم ولا مفت تقليد رجل فلا يحكم ولا يفتى إلا بقوله»^(٥).

(١) التقرير والتحجير ج ٣ ص ٣٥٣ .

(٢) الأحكام للأمدى ج ٤ ص ٣١٨، نهاية السؤل ج ٢ ص ٣٤٩، التقرير والتحجير ج ٣ ص ٣٥٠ .

(٣) التقرير والتحجير ج ٣ ص ٣٤٥ وفي جمع الجوامع ج ٢ ص ٣٠١ «يجب على العامي وغيره من لم يبلغ رتبة الاجتهاد التزام مذهب معين من مذاهب المجتهدين يعتقد رجحانه».

(٤) التقرير على التحجير ج ٣ ص ٣٥٠، نهاية السؤل ج ٣ ص ٣٥٠ .

(٥) التقرير في الموضع السابق.

والمختار أن العامى إذا اتبع مذهباً فى مسألة جاز له أن يرجع إلى مذهب آخر فى مسألة أخرى بشرط أن لا تكون المسألة متصلة بالأولى . ويقول الإمام صلاح الدين العلافى : «والذى صرح به الفقهاء فى مشهور كتبهم جواز الانتقال فى آحاد المسائل والعمل فيها بخلاف مذهب إمامه الذى يقلد مذهباً إذا لم يكن ذلك على وجه تتبع الرخص»^(١).

واشترط الرويانى لجواز تقليد المذاهب والانتقال إليها أن لا يجمع بينها على صورة تخالف الإجماع ، وأن يعتقد فيمن يقلده الفضل وينشرح صدره له ، والأب يتبع الرخص فى المذاهب^(٢).

(١) التقرير والتحبير ج ٣ ص ٣٥١ .

(٢) المرجع السابق ج ٣ ص ٣٥٢ ، ولم يشترط ابن دقيق العيد عدم تتبع الرخص واشترط بدله ألا يكون ما قلده فيه مما ينقض فيه الحكم لو وقع . واكتفى عز الدين بن عبد السلام على اشتراط ذلك فقط .

المبحث الثاني

تلفيق الأحكام وتتبع الرخص

رأى الفقهاء فى التلفيق وتتبع الرخص :

قلنا أن المختار هو جواز أن يأخذ المقلد مسألة عن مجتهد وأخرى عن مجتهد آخر، وأنه يجوز أن يأخذ من مذهب بعض المسائل ومن آخر بعضها. وأما المسألة الواحدة فهل يجوز أخذ جميع الأحكام المتعلقة بوسائلها ومقدماتها من مذاهب وآراء مختلفة مما يسمى تلفيقاً للحكم؟ اختار بعض العلماء أن التقليد المؤدى إلى هذا غير جائز لأنه يشترط لصحته والاخذ به ألا يوقع المقلد في أمر يعتبر باطلاً على المذهب الأول وباطلاً على المذهب الآخر^(١)؛ لأن تقليد مذهب الغير شرط فيه ألا يكون موقفاً في أمر يجتمع على إبطاله الإمام الذى كان على مذهبه والإمام الذى انتقل إليه^(٢).

فالتلفيق إن كان فى جزئيات المسائل فلمنه جائز وإن كان فى أجزاء الحكم الواحد فهو المقصود بالمنع^(٣). ومع هذا فيقول ابن أمير الحاج الحنفى^(٤) وليس بضائر على المكلف أن يتبع الرخص كيفما كان.

فمن عقد رواجه دون صداق مقلداً الشافعية، ودون شهود مقلداً المالكية مع توافر الإشهار فإن عقده صحيح إذ لم يقل مالك إن نكاح من قلده الشافعى فى عدم الصداق باطل وإلا لزم أن تكون أنكحة الشافعية عنده باطلة، ولم يقل الشافعى إن من قلده مالكا فى عدم الشهود أن نكاحه باطل وإلا لزم أن تكون أنكحة المالكية بلا شهود عنده باطلة، كما يقول الكمال بن الهمام الحنفى: «إن المنع مع التقليد إذا أدى إلى مجموع لم يقل به أحد هو قول متأخر».

(١) كمن توفى ومسح بعض شعيرات من رأسه على المذهب الشافعى ثم لبس امرأة دون شهوة أخذاً بمذهب مالك وصلى فإن صلاته تبطل.

(٢) نهاية السؤل ج ٣ ص ٣٥٠.

(٣) العطار على جمع الجوامع ج ٢ ص ٤٠٣.

(٤) التقرير والتحبير ج ٣ ص ٣٥٢.

وتتبع الرخص إنما يقصد به هنا الأخذ من كل مذهب ما هو الأهلون فيما يقع من المسائل، وهذه هي التي محل خلاف، أما تتبع الرخص بمعنى ما ينقض به حكم الحاكم من مخالف النص وجلى القياس فهو ممنوع اتفاقاً^(١)

ولما كانت مسألة تتبع الرخص من المسائل ذات الشأن الخطير في المجتمع وعند الفقهاء أنفسهم رأينا أن نبين أقوال الفقهاء فيها ثم نُقْضَى بما نراه في شأنها بالنسبة للفرد والمجتمع فنقول إن هذه المسألة يختلف فيها الفقهاء إلى ثلاث فرق: الأول المانعون، الثاني المجيزون إلى حد، الثالث المجيزون دون توقف عند حد.

أولاً - المانعون :

يقول الغزالي^(٢) : وليس للعامة أن يتقن من المذاهب في كل مسألة أطبها عنده فيتوسع، بل هذا الترجيح عنده كترجيح الدليلين المتعارضين عند المفتي؛ ولذا فإنه يجب أن يتبع ظنه في الترجيح فلا يقصر على ملاحظة التخفيف بتبع الرخص.

وينقل الجلال المحلي الشافعي في شرحه^(٣) والشاطبي المالكي^(٤) أن ابن حزم قال : إن الإجماع على منع تتبع الرخص وأنه فسق لا يحل.

وينقل ابن أمير الحاج الحنفي^(٥) أن ابن عبد الله قال : لا يجوز للعامة تتبع الرخص إجماعاً، ويقول الشاطبي^(٦) . وليس تتبع الرخص واختيار الأقوال بالتشهي إلا ميل مع أهواء النفوس، والشرع جاء بالنهاى عن اتباع الهوى والغرض، وقال إن اتباع الرخص فيه من المفاصد ما فيه مثل الانسلاخ من الدين بترك اتباع الدليل إلى اتباع الخلاف، والاستهانة بالدين، وإفضائه إلى أقوال خارقة للإجماع.

(١) التقرير والتحرير ج ٢ ص ٣٥١.

(٢) المستصفى ج ٢ ص ٣٩١.

(٣) على جمع الجوامع ج ٢ ص ٤٢.

(٤) الموافقات ج ٤ ص ٧٣.

(٥) في التقرير والتحرير ج ٣ ص ٣٥١.

(٦) الموافقات ج ٤ ص ٨١.

ويقول ابن السكيت الشافعي^(١) والاصح انه يمنع منع الرخص في المذاهب، وهذا يدل على ان هناك رأيا بجواز تتبعها لكن ما ذكره هو الاصح.

ثانيا - المجيزون بشروط :

يقول الجلال المحلى^(٢) أما الشافعية فقد قال المر بن عبد السلام في فتاويه «إن الناس من لدن الصحابة إلى أن ظهرت المذاهب يسألون فيما يسنح لهم - أى يعرض لهم - العلماء المختلفين من غير تكبر، سواء اتبع الرخص في ذلك أم العزائم، لأن من جعل المصيب واحدا لم يعينه ومن جعله متعددا فلا وجه للمنع على رأيه».

ومع هذا فهو يجمع من تتبع الرخص المركبة في الفعل الواحد، أى يكون التلفيق فيها في أجزاء الحكم الواحد وحمل رأى المانعين على هذا.

ثم يقول العطار^(٣) : «والتيج جواز التقليد وجواز تتبع الرخص لا على الإطلاق بل لابد من مراعاة ألا يقع بتتبع الرخص في حكم مركب من اجتهادين».

وهذا ما نقله الدسوقي المالكي^(٤) : وبالجمله، فالتلفيق في العبادة الواحدة من مذهبين ممنوع في طريقة المصاروة».

وهو ما نقل عن القرافي^(٥) : «إن تقليد مذهب الغير حيث جاوزناه فشرطه ألا يكون موقعا في أمر يجتمع على إبطاله الإمام الذي كان على مذهبه والإمام الذي انتقل إليه» وقد أشرنا إليه من قبل.

(١) جمع الجوامع ج ٢ ص ٣ ٤

(٢) في شرحه على المرجع السابق

(٣) في حاشيته على المرجع السابق

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ١ ص ٢

(٥) بهاية السؤل بهامش التقرير ج ٣ ص ٣٥



فهؤلاء إذن يرون جواز تتبع الرخص بشرط أن يؤدي إلى قول لا يجيزه واحد من المذهبين أو المذاهب الملقق منها الحكم، كأن يتوضاً على مذاهب مختلفة ولا يقول بمجموعها أحد من أئمة هذه المذاهب.

المجيزون طوعاً قهراً

يقول الكمال بن الهمام الحنفى ^(١) : ولا يمنع من اتباع رخص المذاهب مانع شرعى إذ للإنسان أن يسلك الأخف عليه إذا وجد سبيلاً، وكان الرسول ﷺ يحب ما خف على أمته ويقول : «بعثت بالحنيفية السمحة» ولأن الشريعة لم ترد بقصد مشاق العباد بل بتحصيل المصالح، ثم قال : والغالب أن هذه إلزامات من المانعين لكف الناس عن تتبعها، ولا أرى ما يمنع هذا من العقل والسمع.

ويقول ابن أمير الحاج ^(٢) : «وتتبع الرخص لا يمنع منه مانع شرعى، والغالب ^(٣) أن ما يقوله المعارضون من كف الناس عن تتبع الرخص إنما يقصدون به منع العامى من أن يأخذ من كل مذهب ما هو أخف على نفسه، ولا أدرى ما الذى يمنع من هذا وما علمت من الشرع ذمه، وكان الرسول عليه السلام يحب للناس ما خفف عليهم».

قد رد على المانعين ومدعى الإجماع على المنع بأن دعوى الإجماع غير صحيحة إذ فى تفسيق المتبوع للرخص عن أحمد روايتان، وقد حمل القاضى أبو يعلى الرواية المفسدة على غير متأول ولا مقلد، على أن بعض الخنابلة ذكروا أنه لا يفسق. وفى روضة النووى أيضاً لا يفسق.

وقال : ولعل منع الترخيص إنما يقصد الوصول إلى صورة لا يكون حكمها صحيحاً عند أحد، ثم قال فى اتباع الرخص للتسهيل على المكلف كيفما كان ليس بضار وقد أشرنا إليه.

(١) التحرير ج ٢، وقد أشار إليه أيضاً شارح جمع الجوامع ج ٢ ص ٤٠٢، والشاطبى فى موافقاته ج ٤ ص ٨١.

(٢) التقرير والتحجير ج ٣ ص ٣٥١.

(٣) لأن البعض فسر ذلك بتتبع الرخص بما ينقص به حكم الحاكم من مخالف النص وجلى القياس، لأن هذا ممنوع ولا شك فيه.

هذا وقد جوزه أيضا أبو إسحق المروزي الشافعي^(١)، ونقل الدسوقي المالكي^(٢) أن إبراهيم الشبراخيتي المالكي قال إن تتبع الرخص الممنوع هو ما ينقض به حكم الحاكم، ثم يقول: «والذي سمعناه من شيخنا نقلا عن شيخه الصغير وغيره أن الصحيح جواز تتبع الرخص بمعنى تتبع كل سهل لرفع المشقة - وهو فسحة، وبالجمل في التلفيق في العبادة الواحدة من مذهبين طريقتان: المنع وهو طريقة المصاروة - أي أهل مصر وقد أشرنا إليه - والجواز وهو طريقة المغاربة - أي أهل المغرب - ورجحت هذه الطريقة».

ويبدو أن الذي أدى إلى هذه البلبلة في الموضوع هو ما حدث من الفقهاء في القرن السابع الهجري من القول بسد باب الاجتهاد ونصهم على أن الحكم الملق باطل بالإجماع، فأى إجماع هذا الذي صير الفقه المذهبي إلزامات دينية لا يجوز مخالفتها؟ وهل دعوى الإجماع هذه صحيحة؟

ما نراه في الموضوع :

ونحن نقول أن العامي الذي لا يعرف قدرا من العلوم المؤدية للاجتهاد يلزمه أن يعمل في كل مسألة بما أفتاه به مفتيه إذ التمدد بذهب إنما يكون لمن له نوع نظر واستدلال كما قلنا. وهذا لا إدراك له بتتبع الرخص، لكن من عنده دراية بالفقه وله نوع نظر واستدلال وقدرة على الترجيح والتفهم في مسائل الفقه فهو الذي يستطيع أن يتبع رخص المذاهب ويتفهم أدلتها.

وهذا بالنسبة للأفراد إن كان يفتح أمامهم باب الاستهانة والتهرب من التكليف، نكثيرا ما يشدد الناس على أنفسهم وخاصة في العبادات إلا أن الوازع

(١-) جمع الجوامع ج ٢ ص ٤٠٢.

(٢-) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ج ١ ص ٢٥.

الدينى غالباً ما يكون رادعاً مانعاً لهم من استعمال الرخص كالقصر والفطر أثناء السفر.

وأما بالنسبة للجماعة فإنه إذا لوحظ عند سن القوانين المأخوذة من الفقه الإسلامى إباحة تتبع الرخص التى تيسر للمقننين اختيار الحكم الملائم للعصر والبيئة من مجموعة المذاهب الفقهية وهى فى مجموعها تمثل الفقه الإسلامى والاستقلال بظله من أن تضيق على الناس فى الأحكام التى تلزمهم بها من مذهب معين، أو بعضها من مذهب والأخرى من غيره مما قد لا يتفق مع العصر الذى نحن فيه ولا مع البيئة، وما أمرنا أن نعبد الله على مذهب أحد ولا أن نلجأ فى قضايانا إلى رأيه، والرخص قال بها مجتهدون ولها أدلتها التى استنبطوا أحكامها منها، وهذا أفضل أيضاً من أن نلجأ إلى قوانين أجنبية عن عقيدتنا وبيئتنا لنحتكم إليها ونهتدى بها فى حياتنا.

فعلاً إن هذا الذى نراه قد اتبع عند وضع مجموعة القوانين المصرية المختارة من الفقه الإسلامى كقانون الوقف والوصية والميراث، وبعض المواد التى تناولها القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠، والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ وهو الذى اعتقد أنه اتبع أيضاً قانون الأحوال الشخصية الذى تم تحضيره، وهو فى سبيل إخراج العمل به.

على أن هذا فى رأينا يدخل فى دائرة الاجتهاد لأن الذى يقول به طائفة من كبار الفقهاء أهل البحث والنظر.

فإذا خلصت النية، وكان هذا العمل يقوم به رجال الفقه الذين لهم خبرة به وملكة وقدرة على تفهمه وتخريج علل أحكامه واستنباط أحكام ما جد لكان عملاً لا غبار عليه ولا يتجه إليه اعتراض لأنه يكون وليد اجتهاد، والاجتهاد لا مانع من وجوده والأخذ به، وقد قلنا إن العامى إنما يأخذ أحكام دينه ممن يسأله ويستفتيه، كما قلنا إن الوازع الدينى ما زال بالنسبة إلى الأفراد يمنعهم من تتبع الرخص لمجرد الهوى والغرض والبعد عن المشاق. كما أن الفقهاء الذين يسند إليهم اختيار

الأحكام الملائمة يلاحظون ما يسائر مصالح الناس ويبتسمهم فلا خوف إذا بل هناك خير ومصلحة.

وإليك ما يقوله أستاذنا الشيخ فرج السنهوري^(١) . ولم يلتزم واضعو قانون الوقف أحكام المذاهب الأربعة ولا أحكام مذهب معين، وأخذوا من كل مذهب ما تبينوا أن الحاجة ماسة إلى الأخذ به، وإذا كانت أحكام هذا القانون قد كونت مزيجاً فقهيًا لا نحمده في مذهب من هذه المذاهب. لكنك لا تجد حكماً منها غريباً عن الفقه الإسلامي، ولا يعدو أي حكم منها أن يكون قولاً قال به إمام من أئمة المسلمين، أو رأياً قال به فقيه يعتد به، أو يكون مركباً من هذه الأقوال والآراء.

هذا هو الأساس الذي قام عليه هذا القانون، وهذه هي سبيله، والأساس قوى متين، والسييل صراط مستقيم سلكها السلف الصالح ودرج فيها المسلمون منذ عصر الرسالة، وكانت طريق الأئمة في تكوين مذاهبهم وتخيرهم من مذاهب الصحابة والتابعين، كما سلكها من جاءوا بعدهم قبل تقرير المذاهب وبعده. ولم يتنكب عنها أهل التخريج والترجيح من كل مذهب، وهي في الوقت نفسه متفقة مع روح الشريعة ومع العماد الأول الذي قامت عليه وهو أنها لم تشرع إلا لمصالح العباد.

(١) في مقدمة كتابه «مجموعة القوانين المصرية المختارة من الفقه الإسلامي» الجزء الخاص بشرح قانون الوقف ٤٨ لسنة ١٩٤٦ ص ٣٩ مطبعة مصر.

الباب الثاني

القضاء في الإسلام، وما يجب أن يحكم به القاضي

الفصل الأول

القضاء في الإسلام

المبحث الأول

القضاء في الإسلام من الناحية التاريخية

نقطة عن القضاء قبل الإسلام .

عرف القضاء^(١) من زمن قديم، ودعت إليه حاجة العمران وطبيعة البشر، فهو معروف من قديم الزمن، ولا يمكن لحكومة من حكومات العالم أيضاً كان

(١) القضاء في اللغة يطلق علي معان منها الفراغ كما في قوله تعالى : «فلما قضى زيد منها وطراً» ومنها الاداء كأن تقول قضى زيد دينه، ومنها الحكم وهو المراد هنا، والحكم في مادته بمعنى المنع ومنه سمي القاضي حاكماً لمنه الظالم من ظلمه. فمعني قولهم حكم الحاكم بكذا وضع الحق في أهله كما في الدردير علي خليل ج٤ ص ١٢٩، وتبصرة ابن فرحون ج ١ ص ٨. وفي اصطلاح الشرعيين: قول ملزم يصدر عن ولاية عامة كما في الفتاوي الهندية ج ٣ ص ٣٠٦، أو هو الإخبار عن حكم شرعي علي سبيل الإلزام. فيقال قضى القاضي أي ألزم الحق أهله، كما في التبصرة ج ١ ص ١٧. وواضح في هذا التعريف أن القضاء مظهر للأمر الشرعي لا مثبت له، لأن الأمر الشرعي في مثله ثابت تقديراً والقضاء يقرره في الظاهر، ولم يثبت أمراً لم يكن كما في ابن عابدين ج٤ ص ٣٢٧. وقيل : القضاء معناه الدخول بين الخالق والخلق ليؤدي فيهم أوامره وأحكامه بواسطة الكتاب والسنة كما في التبصرة منسوباً لابن طلحة الأندلسي. ومن هذا القول بأنه فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله، انظر الخطيب علي أبي شجاع ج ٤ ص ٣٢٠ ويعرفه الكاساني بقوله «هو الحكم بين الناس بالحق والحكم بما أنزل الله» كما في البدائع ج٧ ص ٢.

نوعها الاستغناء عنه إذ لا بد منه للفصل فيما لا يخلو عنه المجتمع البشرى من النزاع وهو مقدس عند جميع الأمم رغم اختلافها رقياً وانحطاطاً، لأن فيه^(١) أمراً بالمعروف ونهياً عن مفسدة المظلوم، وأداء الحق إلى مستحقه، ورداً للظالم عن ظلمه، وإصلاحاً بين الناس وتخليصاً لبعضهم من بعض، فإن الناس لا يستقيم أمرهم بدونه، فيه الدماء تعصم وتسفح والأبضاع تحرم وتنكح والأموال يثبت ملكها ويسلب؛ والمعاملات يعلم ما يجوز منها ويحرم ويكره ويندب^(٢). فالناس في حاجة إليه في كل عصر وإلا أصبح الأمر فوضي^(٣). لأنه إذا كان من المحقق ضرورة القانون للمجتمع، فإن مجرد تقرير القواعد القانونية لا يكفي لسلامة الحياة الاجتماعية وانتظامها، فقد يختلف الناس فيما بينهم على معنى القاعدة القانونية مع التسليم بوجودها وبوجوب احترامها وقد يكون اختلافهم على الوقائع المادية التي تحكمها القاعدة القانونية سواء مع اختلافهم في معنى هذه القاعدة أو دون اختلافهم فيه، وقد يتكرر بعضهم صراحة لهذه القاعدة أو ينكرها... فالقضاء يحقق معنى القانون على كماله إذ يحقق أبرز خصائص القاعدة القانونية وهي صفة الإلزام.

وقد كانت سلطة القضاء منظمة؛ لها قوانينها ولوائحها التي يلتزمها القضاء في مثل دولة الرومان ودولة الفرس وقدماء المصريين، وبينما^(٤) يقص علينا تاريخ الشرق الأدنى ما كانت عليه شريعة حمورابي الوضعية في القضاء من الاقتراب نحو العدل ودولة آشور المبنية على أنقاضها، وبعدها دولة إسرائيل، ودول العرب

(١) المغني لابن قدامة ج ٩ ص ٣٤.

(٢) ابن فرحون تبصرة المحكام ج ١ ص ٢ وفي ص ٨ يقول: وأما حكته «فرغم التهاجر ورد النوايب وقمع الظالم وقطع الخصومات والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر».

(٣) أصول المرافعات، التنظيم القضائي ونظرية الدعوى للزميل الأستاذ الدكتور أحمد مسلم طبع سنة ١٩٥٧.

(٤) الأدلة الأصلية الأصولية شرح مجلة الأحكام العدلية للغزي أستاذ أصول الشريعة والحقوق بمهدي حقوق سوريا ج ٣ ص ٤٦١ طبع سنة ١٩٢١.

قبل الإسلام الذين رأوا أن أسباب الحكم شهود أو يمين أو جلاء نرى تاريخ الغرب يقص علينا طرق الحكم وأسباب القضاء الغربية في بابها إلى أواسط القرن الثاني عشر الميلادي. وأيا ما كان فقد كان للقضاء نظمه من زمن بعيد.

وأخص ما تعنى به هذه الأعم في القضاء أمران :

الأول : كفاءة القاضي وحسن خلقه فلا يولى القضاء إلا من كملت قدرته عليه فعظم حفظه من الذكاء والفطنة والعلم الغزير وأن يجمع إلى هذا ما يجب أن يتحلى به من قلب مطمئن ونفس نزيهة وخلق كريم.

الثاني : أن يحاط القاضي بكل ما يضمن استقلاله وقيامه بواجبه المقدس على أكمل وجه، وكلما ارتفعت الأمة كانت هذه الضمانات القضائية عندها أوفى.

أما العرب فقد كان لهم قضاة يرجعون إليهم في منازعاتهم غير أنهم ليس لهم قانون مدون يرجعون إليه وإنما يصليون أحكامهم طبقاً لعاداتهم الموروثة، وما يصدر عن رؤساء القبائل أو ما يراه النابهون فيهم الذين عرفوا بحصافة الرأي، واستخراج الحقوق بالفراسة والأمارات. وكان حذاق الحكام عندهم يقدمون القضاء بالفراسة والأمارات، لا يقدمون عليها غيرها من شهادة أو إقرار^(١)

وكان القضاء عندهم يسمى حكومة والقاضي يسمى حكاماً. والقضاء في اللغة على وجوه ترجع كلها إلى انقطاع الشيء وتمامه. والقاضي في اللغة القاطع للأمور محكم لها، واستقضى فلان جعل قاضياً يحكم بين الناس^(٢).

ولم تكن الحكومة عملاً مستقلاً إلا في قريش. وفي بلوغ الأرب، كان لكل قبيلة من قبائل العرب حكم يتحاكمون إليه وهم كثيرون، وكان حكام العرب

(١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ص ٣٧.

(٢) في قواميس اللغة: والقضاء هو الحكم أي العلم والفقه والقضاء بالعدل. وأصله قضاي لأنه من قضيت إلا أن الهاء لما جاءت بعد الألف الأخيرة قلبت همزة وجمعه أقضية.

يعقدون مجالس الحكم في ظلال الأشجار أو خيام تضرب حتى بنيت الدور والأماكن ومن الدور الشهيرة دار الندوة بمكة وهي أول دار بنيت بها^(١)

القضاء عهد الرسول ،

لما جاء الإسلام وأمر الله نبيه محمداً بتبليغ الرسالة، أمره أيضاً بالفصل في الخصومات. يقول الله تعالى^(٢)، ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً﴾ وفي آية أخرى يأمره أيضاً بذلك ويرشده إلى أن القانون الواجب التطبيق هو ما جاء به الإسلام ﴿فاحكم بينهم بما أنزل الله﴾^(٣) ويقول : ﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ولا تكن للخائنين خصيماً﴾^(٤).

وصدع الرسول عليه السلام بأمر ربه فبلغ دعوة الله ونصب نفسه في المدينة ليفصل في الخصومات وليقوم بدور الإفتاء بجانب ما يبلغه للناس من تشريع الأحكام الموحى بها والسهر على تنفيذ أحكام الإسلام. فهو عليه السلام قد تجمعت في يده هذه السلطات وكانت لم تفصل بعد. ومن غيره في حضرته أحق بهذا منه. فرفعت إليه القضايا فقاضى فيها، كما أفتى فيما استفتى فيه، وكان يحكم في الحقوق بالظاهر وباليقين عند عدم البينة.

وكان قضاؤه اجتهاداً لا وحياً، روى البخاري ومسلم أن الرسول قال لرجلين اختصما إليه في مواريث بينهما قد درست ليس بينهما بينة : «إنما أنا بشر مثلكم،

(١) وقد بني هذه الدار قصي بن كلاب، وجعل بابها إلى مسجد الكعبة، وكان يتزل فيها الخلفاء والأمراء في حجهم في صدر الإسلام، وفي منتصف القرن الثالث الهجري لما تهدمت أو تداعت أمر الخليفة المعتضد العباسي سنة ٢٨١هـ بهدمها وإحراقها بالمسجد الحرام، راجع تاريخ القضاء لعربوس، والمختارات الفتحية لأبي الفتح.

(٢) سورة النساء ج ٥ / ٤٨

(٣) سورة المائدة ج ٦ / ٤٨

(٤) سورة النساء ج ٥ / ٥

وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم ألحن (١) بحجته من بعض» وكان المتخاصمان يحضران إليه مختارين فيسمع كلام كل منهما.

وكانت طرق الإثبات عنده البينة واليمين وشهادة الشهود والكتابة والفراصة والقرعة وغيرها. وكان الرسول يقول : «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر» أى أن المدعى ملزم بإظهار ما يبين صحة دعواه، وكان الرسول يقول : «أمرت أن أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر».

ومع هذا فلما انتشرت الدعوة بعض الشيء، أذن الرسول لبعض أصحابه بشيء من ذلك لبعد المكان. بل حتى وفى حضرته، وكان ذلك منه تدريجاً لأصحابه على الاجتهاد وعلى الولاية والقضاء وإرشاداً وتمهيداً إلى جواز تخصيص الولاية والقضاء.

فقد روى الترمذى فى سننه : أن عثمان قال لعبد الله بن عمر : اذهب فاقض بين الناس. قال : أوتعافينى يا أمير المؤمنين؟ قال : وما تكره من ذلك وقد كان أبوك يقضى؟ قال : إن أبى كان يقضى فإن أشكل عليه شيء سأل رسول الله . . . وهذا يدل على أن عمر باشر القضاء فى عهد رسول الله .

كما روى أن الرسول بعث علياً وهو شاب إلى اليمن ليقضى فيهم وضرب على صدره وقال : اللهم اهد قلبه وسدد لسانه، وقال له : إذا جلس بين يديك الخصمان فلا تقض حتى تسمع كلام الآخر كما سمعت من الأول فإنه أحرى أن يتبين لك القضاء، ويروى أنه قد عرضت عليه قضية فقال : أقضى بينكم فإن رضيتم فهو القضاء ، وإلا حجرت بعضكم عن بعض حتى تأتوا رسول الله ليقضى بينكم . فلما قضى بينهم أبوا أن يتراضوا وأتوا الرسول أيام الحج - وهو

(١) ألحن بحجته أفطن بها وأبصر فقد يزخرف الباطل فيغلب على الحق، وقد روى أحمد فى مسنده الحديث

برواية لا تخرج عن هذا المعنى.

عند مقام إبراهيم - وقصوا عليه ما حدث فأجار قضاء على وقال : هو ما قضى بينكم^(١).

وفى هذا ما يدل أولا : على أن القضاء والولاية كانتا فى يد واحدة، وبعبارة أخرى أن السلطة التنفيذية والسلطة القضائية لم يكن بينهما فاصل. ويؤخذ هذا من قول على «فإن رضيتم فهو القضاء وإلا حجزت بعضكم عن بعض... إلخ»، وثانيا على أن الطعن فى الأحكام عرف عندهم وعمل به فعلا إذ ما حدث إنما هو أشبه باستئناف الحكم فتتظر الدعوى من جديد وينقض الحكم أو يعدل أو يؤيد. فالإمام على لما قال : «حتى تأتوا رسول الله» لم ينبههم إلى اللجوء إليه باعتباره مشرعا أو حاكم المسلمين والمشرع على تنفيذ أحكام الإسلام، وإنما باعتباره قاضيا. ويؤخذ هذا من قوله «ليقضى بينكم» ومن عرض الخصومة عليه وقوله هو ما قضى بينكم ما يفيد معنى تأييد الحكم المستأنف^(٢).

كما روى أنه عليه السلام أرسل معاذ بن جبل إلى (الجند)^(٣) ليعلم الناس القرآن وشرائع الإسلام ويقضى بينهم، وجعل له قبض الصدقات من العمال الذين باليمن رغم أنه أسند إليه القضاء وغيره فإنه لعنايته بالقضاء سأل كيف تقضى إذا عرض لك قضاء؟ قال : أقضى بكتاب الله. قال : فإن لم تجد فى كتاب الله؟ قال : بسنة رسوله. قال : فإن لم تجد فى سنة رسوله؟ قال : أجتهد رأى ولا ألو. - أى لا أقصر - فسر الرسول من معاذ لمعرفته للمصادر التى يأخذ منها أحكامه وترتيبها.

(١) راجع زاد المعاد لابن القيم، وكتب السيرة أفضية الرسول لعبد الله بن محمد الفرطبي.

(٢) وسنين ذلك عند الكلام عن تنظيم القضاء فى الإسلام ومقارنته بما عليه العمل الآن.

(٣) الجند بفتح الجيم والنون بلدة كانت مقر أحد ولادة اليمن بينها وبين صنعاء ثمانية وخمسون فرسخا راجع فى هذا السيرة الحلبية ج ٣ ص ٢٢٧



وكذلك فقد ولى الرسول عتاب بن أسيد أمر مكة وقضاءها بعد فتحها . ولم يزل متولياً ذلك فى خلافة أبى بكر حتى مات يوم أن علم بوفاة الخليفة

وكان الرسول قد عين لقضائه أجراً يناسب عصرهم . ويوازى حاجتهم يدل على ذلك ما قاله عتاب بن أسيد هذا «لقد رزقنى رسول الله كل يوم درهمين فلا أشبع الله بطناً لا يشبعه كل يوم درهمان»^(١) . وإذا كان هناك من الأفراد من استباح لنفسه أن يقول^(٢) «إن القضاء فى عصر النبى لا يخلو من غموض وإبهام لا يكاد يتيسر معهما الوصول إلى رأى ناضج ، واستباح ذلك ليكون مطية لفكرة أخرى يريد الوصول إليها ! فإننا نستطيع أن نرد عليه ونظمته بأن الإسلام دين ودولة وله نظمه ومنها القضاء ، وقد رسم التشريع الإسلامى خطة القضاء وأرشد إلى مبادئه قبل أن يأتى قول الله تعالى : «اليوم أكملت لكم دينكم» وترك التفصيل للسنة وعمل المجتهدين فى الأمة الإسلامية شأنه فى ذلك شأن الكثير من الأمور المتعلقة بالمعاملات ونظام الدولة لأنها تتأثر بالبيئة وتتغير بتغير الزمن» . فالقضاء تطبيق الأحكام على الوقائع الجزئية وهذه قد قررتها الشريعة إما بتفصيل كحدى السرقة والزنى ، وإما بمرضاها فى ضمن أصول كلية ككثير من الأحكام القائمة على رعاية العرف أو المصالح المرسلة .

وأما تطبيق الأحكام فيرجع النظر فيه إلى مبادئ يتوقف عليها حفظ الحقوق كالاستناد إلى اليينات وضرب الأجال لإقامتها . وأما المبادئ فإنها قائمة فى دلائل الشريعة دون أن تشذ منها كبيرة أو صغيرة ، وأما النظم الزائدة على ما يعد ركناً للمعادلة فذلك يجهى على حسب ما يقتضيه حال الزمان والمكان ، ولذا فقد وكله الشارع إلى اجتهاد القائم على منصب القضاء^(٣) .

(١) وفي تبصرة ابن فرحون ج١ ص ٢٣ «فإن من تعين عليه القضاء وهو في غنى عن الارتزاق منه فإنه ينهي عن أخذ العوض»

(٢) الإسلام وأصول الحكم علي عبد الرزاق ص ٣٩ مطبعة مصر سنة ١٣٤٣هـ .

(٣) نفس كتاب الإسلام وأصول الحكم محمد الحفتر حسين المطبعة السلفية سنة ١٣٤٤هـ ص ٩٢ / ٩٥

ومع هذا فالأخبار - كما يقول ابن حجر^(١) - طافحة بأن أهل كل بلد كانوا يتحاكمون إلى الذى أمر عليهم ويقبلون خبره ويعتمدون عليه. وكان من أشكاله عليه شيء من خلفائه أرسل إلى الرسول يسأله عنه فكان عليه السلام فى حياته يعلم خلفائه إذا جهلوا ويقومهم إذا راغوا ويعزلهم إذا لم يستقيموا^(٢)

فهل بعد كل هذا يمكن أن يقال إن القضاء فى عصر الرسول لا يخلو من غموض، أو أن التشريع الإسلامى لم يتناول ذلك، أو أنه لا يمكن الوصول إلى رأى ناضج؟ لا. فالأمر واضح بين لمن يتجرد عن الغرض والهوى. فالقضاء فى الإسلام موجود بخصائصه ومبادئه. وقضى الرسول بنفسه بمقتضاها كما استخلف غيره فى عهده فيه، غاية الأمر أن القضاء كان مما يقوم به الوالى نفسه غالباً، وأن السلطة القضائية لم تستقل عن السلطة التنفيذية فى عصر الرسول على ما بينا.

القضاء فى عهد الخلفاء،

لم يحدث تغيير فى عهد أبى بكر فى نظام القضاء عما كان عليه فى عهد الرسول لاشتغاله بحرب الردة وامتناع بعض المسلمين عن أداء الزكاة، وغير ذلك من أمور السياسة والحكم، ولعدم اتساع رقعة الدولة فى عهده غير أنه يروى أنه أسند فى عهده القضاء إلى عمر فظل ستمين لا يأتيه متخاصمان لما عرف به من الشدة^(٣) ولأن الناس كان فيهم من الورع والصلاح والتسامح ما يمنع وجود تخاصم ومشاحنة.

ولما كثر الفتح فى عصر عمر واتسعت أعباء الحكم، وازدادت مهام الولاية فصل عمر بن الخطاب القضاء عن الولاية، وعين للقضاء أشخاصاً غير الولاية، وفصل بين السلطتين فولى أبا الدرداء معه قضاء المدينة، وولى القاضى شريحاً قضاء

(١) فتح الباري ج ١٣ ص ١٨٣ وأشار إليه المرجع السابق فى ص ٩٨

(٢) إعلام الموقعين ج ٤ ص ٩٣

(٣) تاريخ الإسلام السياسى للدكتور حسن إبراهيم ج ١ ص ٥٢٦

البصرة، وأبا موسى الأشعري^(١) قضاء الكوفة، وعثمان بن قيس بن أبي العاص قضاء مصر، ويروى أنه قال لواحد من قضاته «رد عنى الناس فى الدرهم والدرهمين».

ولما كان القضاء جزءاً من الولاية العامة^(٢)، كان من حق صاحب هذه الولاية أن يخصص القاضى ببعض أنواع القضايا دون غيرها، ولذا فإن ابن الخطاب حينما خصص أفراداً للقضاء جعل قضاءهم قاصراً على فصل الخصومات المالية، أما الجنائيات ما يتعلق منها بالقصاص أو بالحدود فإنها بقيت فى عهد الخلفاء فى يد الخليفة وولاية الأمصار.

وكان عثمان بن عفان أول من اتخذ داراً للقضاء، وكان القضاء فى عهد الخليفين قبله فى المسجد، وكذلك فإن الخلفاء قد رتبوا لقضائهم أجوراً من بيت مال المسلمين.

وكثيراً ما كان الخلفاء يتعهدون القضاة ويرشدونهم إلى ما ينبغى أن يكون عليه سلوكهم مع المتخاصمين. وهذا عهد على بن أبى طالب فى خلافته إلى الاشترا النخعى واليه على مصر يوصيه فيه بعد أمره بتقوى الله أن يشعر قلبه الرحمة للرعية والمحبة لهم، كما أوصاه بالمشورة واختيار المشير وبين له سياسة

(١) وفى تاريخ الإسلام السياسى للدكتور حسن إبراهيم جـ ١ ص ٥٢٦ أن أبا موسى الأشعري ولى فى عهد عمر قضاء البصرة. أما الكوفة فقد كان قاضياً فى عهده هو شريح بن الحارث الكندى .. وأن أبا موسى لم يتول قضاء الكوفة إلا فى عهد عثمان، ونقل هذا عن تاريخ الطبرى جـ ٤ ص ٢٦٣.

(٢) وفى الأحكام السلطانية للماوردي ص ١٩ المطبعة المحمودية التجارية بمصر: والولايات التى يستخلف الإمام عليها أربعة :

- ١- أن تكون ولايته عامة فى أعمال عامة وهم الوزراء .
- ٢- ومن تكون ولايته عامة فى أعمال خاصة وهم أمراء الأقاليم والبلدان.
- ٣- ومن تكون ولايته خاصة فى الأعمال العامة كقاضى القضاة وتقيب الجيش وجابى الصدقات، لأن كل واحد منهم مقصور على نظر خاص فى جميع الأعمال.
- ٤- من تكون ولايته خاصة فى الأعمال الخاصة كقاضى بلد أو إقليم.

الدولة ثم قال له بخصوص القضاء: ثم اختر للحكم بين الناس أفضل رعيته في نفسك ممن لا تضيق به الأمور . . وأصبرهم على تكشف الأمور وأصرمهم عند اتضاح الحكم ممن لا يزدنيه إطراء ولا يستميله إغراء، ثم أكثر تعهد قضائه، وأفسح له في البذل ما يزيل علقته وتقل معه حاجته إلى الناس، وأعد له من المنزلة لديك ما لا يطمع فيه غيره . . (١)

وكثيراً ما كان الخلفاء يتعهدون الولاية والقضاة بالإرشادات، ومن هذا رسالة ابن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري قاضي الكوفة وهي أصل فيما تضمنته من فصول القضاء ومعاني الأحكام، وتلقاها العلماء بالقبول ودونوا عليها أصول الحكم، ولاهمية هذه الرسالة نذكرها كاملة بالهامش (٢).

(١) نهج البلاغة للسيد المرتضى ج ٢

(٢) أما بعد فإن القضاء فرضة محكمة وسنة متبعة فافهم إذا أدلي إليك فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، آس بين الناس في مجلسك، وفي وجهك وقضائك حتي لا يطمع شريف في حيفك، ولا يأس ضعيف من عدلك، البينة علي المدعي، واليمين علي من أنكر، والصلح جائز بين المسلمين، إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً، ومن ادعي حقاً غالباً أو بينة فاضرب له أمدأ يمتهي إليه، فإن بينه أعطيته بحقه، وإن أعجزه ذلك استحللت عليه القضية، فإن ذلك هو أبلغ في العذر وأجلي للعمي، ولا يمتنع قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه وأيك فهديت فيه لرشدك أن تراجع فيه الحق، فإن الحق قديم لا يظله شيء ومراجعة الحق خير من التماذي في الباطل. والمسلمون عدول بعضهم علي بعض إلا مجرباً عليه شهادة زور، أو مجلوداً في حد، أو ظنياً في ولاء أو قرابة، فإن الله تعالى تولي من العباد السرائر وستر عليهم الحدود إلا بالبينات والإيمان، ثم الفهم الفهم فيما أدلي إليك بما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة، ثم قاس الأمور عند ذلك، واعرف الأمثال ثم اعمد فيما تري إلي أحبها إلي الله وأشبهها بالحق، وإياك والغضب والقلق والفجر والتأذي بالناس والتنكر عند الخصومة [أو الخصوم] فإن القضاء في مواطن الحق مما يوجب الله به الأجر ويحسن به الذكر، فمن خلصت نيته في الحق ولو علي نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس، ومن تزين بما ليس في نفسه شأنه الله، فإن الله تعالى لا يقبل من العباد إلا ما كان خالصاً. فما ظنك بثواب عند الله في عاجل رزقه وخزان رحمته والسلام عليك ورحمة الله إعلام الموقعين ج ١ ص

٨٥ / ٨٦

وأخذ ابن القيم يشرح هذا الكتاب الجليل حتي نهاية الجزء الأول ص ٤٠١ إلي ص ١٦٥ من الجزء الثاني، ولا تعجب فإن هذا الكتاب تعتبر كل كلمة منه قاعدة وقانوناً يسترشد به القاضي فهو =

طريقة فهم فقه القضاء والفتيا :

كان الخلفاء إذا ما عرض عليهم قضاء أو طلب منهم استفتاء نظروا في كتاب الله فإن لم يجدوا حكماً التمسوه في السنة فإذا لم يعرفوا فيها شيئاً سألوا الناس هل فيهم من يعرف شيئاً في السنة في هذا الأمر، فإن وجد أخذوا بما يقول بعد الاستيثاق بطلب شهود كما كان يفعل أبو بكر وعمر، أو بتحليفه على صدق ما يقول كما كان يفعل الإمام علي. وإلا فإذا لم يكن هناك حكم للمسألة في الكتاب والسنة اجتهدوا اجتهاداً جماعياً إذا كان الموضوع له مساس بالحكم ويتعلق بالجماعة، واجتهاداً فردياً في الجزئيات الخاصة بالأفراد.

وبالجملة فلم يكن للقاضي في هذا العصر كاتب أو سجل تدون فيه أحكامه لأن القاضي كان يقوم بتنفيذ الحكم بنفسه عقب إصداره، كما لم يكن له مكان خاص، وإنما كان القاضي أولاً يجلس بمنزله ويحضر إليه أصحاب الخصومات فيقضي بينهم، ثم أصبح يجلس في المسجد للفصل في الخصومات^(١) حيث كانت المساجد غير قاصرة على إقامة الصلوات، بل كانت مجامع للشئون العامة ذات الشأن كالقضاء والتدريس وحل المشاكل^(٢).

= كتاب جامع راخر بالمواظ والتوجيهات. وعلق الماوردي المتوفى سنة ٤٥٠ هـ في كتابه الأحكام السلطانية ص ٦٨ بقوله: فإن قيل في هذا العهد خلل من ناحية خلوه من لفظ التقليد الذي تعتقد به الولاية ومن ناحية اعتباره في الشهود عدالة الظاهر والمعتبر فيه عدالة الباطن، وأجاب عن ذلك بأن بعض ألفاظه، تتضمن معاني التقليد، وأنه يجوز أن يكون ممن يرى ذلك فذكره لمجرد الإخبار.

علي أن الدكتور حسن علي عبد القادر في كتابه نظرة عامة في تاريخ الفقه الإسلامي ص ٧٤ ينقل تشكك ابن حزم في كتابه إبطال القياس في إسناد هذه الرسالة إلى عمر، وتشكك بعض المستشرقين لاشتمالها على اصطلاحات دقيقة تعتبر وليدة مابعد عصر الصحابة - وسيادته في هذا ناقل عن جولدتسهر - الذي كثيراً ما يحاول الغمز والتجريح.

(١) تاريخ الإسلام السياسي ج ١ ص ٥٢٨ .

(٢) راجع تفصيل القول فيما يباح استعمال المساجد فيه، في بحثنا المنشور بمجلة القانون والاقتصاد عن الإباحة عند الأصوليين والفقهائ «الباب الثاني» متعلق بالإباحة العدد الثالث السنة الحادية والثلاثون من ص ٤٩٨ / ٥٠٨ وهو مطبوع في كتاب بعنوان نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهائ.

القضاء في عهد الأمويين والعباسيين.

استتب الأمر لمعاوية أول حكام بنى أمية، وكان الفقهاء من الصحابة والتابعين قد تفرقوا في الأمصار تبعاً لاتساع الفتوح على مابيناه في موضعه، فكان الخليفة يعين قضاة عاصمة خلافته ويكل أمر تعيين من عداهم إلى ولاته في الأمصار فلم يكن لأحد القضاة إشراف أو ولاية على القضاة الآخرين وإنما كانوا يتبعون الخليفة ونوابه.

وكان عمل القضاة قاصراً على إصدار الأحكام فيما لهم اختصاص فيه^(١)، أما تنفيذ الأحكام فقد كانوا يشرفون عليها بأنفسهم أو بواسطة نوابهم، بأمر منهم، وهي الآن بواسطة رجال التنفيذ مادام الحكم قد ذيل بالصيغة التنفيذية.

والقاضي غالباً يكون مجتهداً فلا يلتزم برأى معين، وإنما يقضى فيما ليس فيه نص قاطع أو إجماع سابق برأيه واجتهاده، وإذا استشكل عليه أمر في قضائه استعان بالفقهاء الموجودين معه في المصر، وكثير منهم من كان يرجع إلى الخليفة أو الولي في طلب الرأي، ومع هذا فقد كان القضاة في أحكامهم لا يتأثرون بميول الحاكم بل كانت كلمتهم نافذة حتى على الولاة أنفسهم، ومن ناحية أخرى فإن الخليفة كان يرقب أحكامهم ويعزل من شذ منهم.

ولم تكن أحكام القضاة حتى ذلك الوقت عرفت التسجيل، وإنما تعرض الدعوى فينظرها القاضي ويفصل فيها ويعرف الخصمين بحكمه ويبين للمحكوم عليه ما بني عليه الحكم غير أنه تبين لقاضي مصر^(٢) في عهد معاوية ضرورة

(١) ولم يكن في ذلك العصر من اختصاص القاضي النظر في الجراحات والعقوبات التأديبية كالحبس فإن هذا من سلطة الخليفة أو عامله إذ قلنا من قبل إن هذه لأهميتها كان ينظر فيها الخليفة وولاته، غير أنه روي أن معاوية جعل لقاضي مصر في عهد النظر في الجراحات.

هذا وقد كان الحبس في عهد الرسول لا يتمددى منع التهم من الاختلاط بغيره، وذلك بوضعه في بيت أو مسجد، وملازمة الخصم أو من يتيه عنه له، وفي عهد عمر تخصص مكان للحبس.

(٢) سليم بن عدي تولى القضاء من قبل معاوية سنة ٤٠ هـ ومكث في القضاء إلى موت معاوية سنة ستين وقيل بعد ذلك.



تسجيل الأحكام ، وكان قد قضى فى ميراث بين ورثة تخاصموا إليه ثم تناكروا الحكم الذى أصدره القاضى واختلفوا فيه، فعادوا إليه مرة أخرى فحكم بينهم ودون الحكم فى سجل خاص، فكان أول حكم قضائى يسجل وقد سبق الإشارة إليه.

أما فى عهد العباسيين- وقد جاء حكمهم باسم الدين وحماية الدين- فقد ظهر الجدل وتباعد الفقهاء فى رأى ووجدت المذاهب وعرف التقليد، وتبع هذا أن اختلفت أحكام القضاة إذ كان القاضى فى العراق يحكم وفق المذهب الحنفى، وفى الشام والمغرب وفق المذهب المالكى وفى مصر وفق مذهب الشافعى، وإذا تقدم خصمان على غير المذهب الشائع فى البلد أناب القاضى عنه قاضياً يحكم بمذهب المتخاصمين، بل قد عمد بعض الخلفاء العباسيين إلى التدخل فى عمل القاضى مما جعل الفقهاء يزهدون فى هذه الوظيفة ويتهربون منها. وكانت هذه الفوضى فى الأحكام وعدم وجود حكم يلتزم به القاضى دافعة لأن يكتب ابن المقفع إلى الخليفة أبى جعفر المنصور يدعوه إلى وضع قانون عام لجميع الأمصار، وقد حاول الخليفة فعلاً تحقيق هذه الرغبة وطلب من مالك تنفيذ ذلك على ما بيناه فى موضعه.

كما أن أبى يوسف الفقيه الحنفى- وقد كانت له الخطوة عند الخليفة- عمل على تقليد منصب القضاء للفقهاء الأخلايين بالمذهب الحنفى وقد أنشئت وظيفة رئيسية قضائية عين فيها أبى يوسف وسمى قاضى القضاة فأصبح هو الذى يشرف على أمر تعيينهم وعزلهم ويتفقد أعمالهم ويراجع أحكامهم، وهكذا فقد أصبح للقضاء ولاية خاصة وللقضاة رئيس منهم ينظم شئونهم ويتولى أمرهم، ولما أخذت الاقطار الإسلامية فى الانفصال عن حكومة بغداد أصبح فى كل قطر قاض للقضاة وكان يسمى فى الأندلس بقاضى الجماعة .

وأصبح للقضاء والـاماء رى خاص يميزهم عن عامة الناس، وأحيط بالمهابة وأقيم بين يديه من يمنع الناس عن التقدم فى غير وقته ويحافظ على النظام، كما تبعه أعوان يحضرون له الخصوم ويعدون له نظر الدعوي، وكانت تعقد الجلسات فى مجلس فسيح صحى فى وسط المدينة كى لا يتأذى الناس من الجلوس فيه، وحددت له الأيام التى ينظر فيها الخصومات بحيث لا يصح له أن ينظر فى غيرها وعلى الأخص فى أيام الأعياد وما أشبهها^(١). وأدخلت بعض الإصلاحات كالعناية بالسجلات وجعلها تامة وافية، وتسجيل الوصايا والديون فيها واتسعت سلطة القضاء فأصبح ينظر فى القضايا المدنية وفى الدعاوى والأوقاف وتنصيب الأوصياء وكثيراً ما كانت تضاف إليهم ولاية الشرطة والمظالم والحسبة ودار الضرب وبيت المال^(٢).

هذا ولم يكن القضاء وحده فى الإسلام هو الذى يحتكر فض المنازعات والفصل فيها، وإنما شاركه فى ذلك نظام التحكيم، الذى أقره الإسلام، وأخذت به القوانين الحديثة^(٣)، كما أن الفقه الإسلامى فصل ولاية الحسبة وولاية المظالم عن ولاية القضاء، وسنذكر بعون الله شيئاً عن هاتين الولايتين فيما بعد.

وأخيراً فقد كان للقضاء الإسلامى السيادة التامة فى جميع الأقطار الإسلامية ومنها مصر. واستمرت هذه السيادة حتى تبعت مصر الدولة العثمانية بحكم الفتح واحتفظت لنفسها بحق تعيين القضاة وتبعية السلطة القضائية لها رغم أنها تركت السلطة الفعلية فيما عدا ذلك فى يد الممالك.

ولما كانت الدولة العثمانية قد توسعت فى تفسير معنى التسامح الدينى مع الذميين بأوسع مما قرره الفقهاء فى مدى خضوع غير المسلمين للقضاء فى الدولة

(١) تبصرة ابن فرحون ج ١.

(٢) راجع مقدمة ابن خلدون ص ١٩٣ / ١٩٣.

(٣) وهذا التحكيم تتولى الدولة تنظيمه بالقوانين فهو على هذا لا يفترق عن القضاء إلا من ناحية الإجراءات وأشخاص المحكمين، ولذا فإن أحكام المحكمين تفضلها الدولة عند الاقتضاء تحت إشراف القضاء، وقد تناولت المواد ٨١٨ / ٨٥٠ من قانون المرافعات المصرى هذا الموضوع.

الإسلامية فمنحت امتيازات قضائية للطوائف المليية بها فقد سرى هذا إلى مصر باعتبارها جزءاً من الدولة العثمانية، وأخذ هذا الحق ينمو حتى تكون بجانب القضاء الإسلامي قضاء ملئ طائفي، وأيضاً فقد منحت الدولة من قبل للأجانب امتيازاً في قضائهم تكون معه القضاء القنصلي.

وفي سنة ١٨٧٦ اكتمل لمصر^(١) سلطانها القضائي وولايتها عليه، وكانت جهات القضاء قد تعددت والقانون الواجب التطبيق ليس هو الفقه الإسلامي في جميعها، وهكذا حتى أصبح في عهد الخديو توفيق في مصر خمسة أنواع للقضاء تستمد قوانينها من مصادر مختلفة : فالقضاء الشرعي وقد كان هو الأصل ومصدر أحكامه الفقه الإسلامي، ثم القضاء المختلط وقد أنشئ سنة ١٨٧٥، والقضاء الأهلي وأنشئ سنة ١٨٨٣ ومصدرهما القوانين الأجنبية، والقضاء الملئ ومصدره بيانات الطوائف غير الإسلامية، والقضاء القنصلي، وكل محكمة منه تقضى بقانون بلدها خروجاً على أصل إقليمية القضاء في الدولة الإسلامية، إذ لا يجوز قيام قضاء أجنبي عن إقليم الدولة الإسلامية، وهكذا تعددت جهات القضاء بمصر تعدداً نوعياً وشخصياً، ثم أخذت البلاد تتخلص من هذا الوضع الشاذ وتسترد سيادتها القضائية حتى ألغى القضاء القنصلي والمختلط، ثم عملت على توحيد القضاء حتى ألغيت المجالس المليية والمحاكم الشرعية بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ اعتباراً من أول يناير سنة ١٩٥٦، وأحيلت القضايا التي كانت منظورة أمامها إلى القضاء العادي «المحاكم الأهلية السابقة» وأنشئ فيها دوائر أحوال شخصية للمسلمين، والقانون المطبق أمامها هو القانون المستمد من الفقه الإسلامي الذي كان يقضى به أولاً أمام المحاكم الشرعية مع بعض تعديلات تتعلق بنظام المرافعات، كما أنشئت دوائر كذلك لتتظر قضايا الأحوال الشخصية لغير المسلمين.

(١) في سنة ١٨٥٦ حصلت مصر على أن يكون لها حق تولية القضاة في غير مدينة القاهرة والبلاد التابعة لها، وفي سنة ١٨٧٦ أعطيت أيضاً حق تعيين قضاة محكمة القاهرة وما يتبعها فاكتمل لها الإشراف على السلطة القضائية.

وهكذا أخذت تتطور النظم القضائية عندنا حتى استمدت بعضها أخيراً من بلاد غير إسلامية، بل وقد تعدى الأمر ذلك إلى المصادر التى يستمد منها القاضى أحكامه، وهى وإن كانت بعدت عن الفقه الإسلامى حيناً فإنها بدأت تقترب منه أخيراً على ما بينا.

هذه نبذة تاريخية عن القضاء وتطوراته فى عهود الإسلام، وهو من غير شك فى عهوده الأولى منها كان لحكم القاضى صفة دينية لأنه يستمد أحكامه من أحكام الدين بما يكسبه قوة ومهابة، لا مخافة من قوة الحاكم التى تعمل على تنفيذ الأحكام، وإنما خوفاً من بطش الله وخشية غضبه، ولذا فإن الحكام أنفسهم كانوا يدعون إلى مجلس القضاء إذا خاصمهم أحد، شأنهم شأن أى فرد فينتقلون إلى مجلس القاضى ويدخلونه بكل توقير تاركين أبهة السلطان خارجه، وكثيراً ما يحكم القاضى على الخليفة أو الوالى فيرضخ لحكم الشرع^(١).

(١) ومن هذا ما حدث بالنسبة للخليفة المنصور فقد ادهى عليه جماعة حقاً أمام القاضى محمد بن عمر الطلىحى فأرسل القاضى للخليفة يستدعيه فاستجاب الخليفة وحضر، فلما حضر الخصوم سوى القاضى بينهما فى المجلس وبعد سماع أقوال طرفى الخصومة حكم القاضى ضد الخليفة، وبعد عودة الخليفة أمر باستدعاء القاضى بعد انصراف الناس عن مجلسه. فلذهب القاضى وهو يخشى غضب السلطان ولكنه لما مثل بين يدى الخليفة قال له المنصور : جزاك الله عن دينك ونيك وعن حسبك وعن خليفتك أحسن الجزاء.

المبطل الثاني

أركان القضاء وطرق الإثبات وما يجب في القاضي

١- أركان القضاء :

أجمع الصحابة على إقامة القضاء بين الناس وقالوا إنه فريضة محكمة وسنة متبعة، وقد باشره الرسول ومن بعده الصحابة والتابعون^(١). وتكلم الفقهاء عن

(١) والأصل فيه قول الله تعالى ﴿يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق﴾ وقوله ﴿وإن احكم بينهم بما أنزل الله﴾ وقوله ﴿فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم﴾، وفي السنة الأحاديث الكثيرة الدالة على مشروعيته بل ضرورته ومنها «إذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران وإذا اجتهد وأخطأ فله أجر» وقوله «لاحد إلا في اثنتين رجل آتاه الله مالا فسلطه علىهلكته في الحق ورجل آتاه الله الحكمة فهو يقضى بها ويعمل بها» وما روته عائشة عن الرسول أنه قال : هل تدرون من السابقون إلى ظل الله يوم القيامة. قالوا: الله ورسوله أعلم. قال : «الذين إذا أعطوا الحق قبلوه وإذا سئلوه بذلوه وإذا حكموا للمسلمين حكموا كحكمهم لأنفسهم»

وقد رويت أحاديث كثيرة في الترغيب عن القضاء والزهد فيه وهذه إنما يقصد بها إبعاد العالم الجائر والجاهل الذي لم يؤذن له في الدخول في القضاء، ومن هذا ما روى أن الرسول قال : «القضاة ثلاثة : قاضيان في النار وقاض في الجنة، قاض عمل بالحق في قضااته فهو في الجنة - حتى لو أخطأ الصواب بدليل الحديث السابق -، وقاض علم الحق فخان متعمداً فذلك في النار، وقاض قضى بغير علم واستحيا أن يقول إني لا أعلم فهو في النار» ومع هذا فإن كثيراً من الفقهاء والأئمة كانوا يتهربون من القضاء، وأن كثيراً منهم حبس وعذب بسبب هذا الرفض، ولا أظن أن هذا وحده سبب في إحجامهم وابتعادهم لأنهم يعلمون حكمه التكليفي وإنما اعتقد أن هناك عوامل سياسية أخرى قد تتعلق بالحكم وموقفهم من العلويين، وقد تتعلق بأشخاص الحكام أنفسهم ونزعة الفقهاء في ذلك الحين من إثارة البعد عن الحكام كي لا يفتنهم في دينهم، نعم إنه فرض كفاية كما قالوا لكنهم قرروا أيضاً أنه يجب على الشخص إذا تعين له ولا يوجد من يصلح غيره. ويستحب إذا وجد من يصلح غيره لكنه هو أصلح له وأقوم به، ويباح فيخير في قبوله أو رفضه إذا استوى هو وغيره في الصلاحية والقيام به، ويكره في حالة ما إذا كان صالحاً له لكن يوجد من هو أصلح منه، ويحرم إذا علم من نفسه العجز عنه وعدم الإنصاف فيه ليله لاتباع الهوي. راجع الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٠٦، المغني لابن قدامة ج ١ ص ٣٤، وفي الدردير على متن خليل، «ولزم التعين أو الخائف الفتنة علفه إن لم يتول، أو الخائف ضياع الحق، القبول والطلب ولو يبذل المال لأنه أمر»

أركان القضاء كثيراً، ومن ذلك ما جاء في تنوير الأبصار من أن أركان القضاء ستة^(١):

١- حاكم وهو من عين من قبل السلطان للفصل في الدعاوى والخصومات إذ السلطان لا يستطيع أن يقوم بكل هذا وقد بينا أن النبي عليه السلام أناب عنه في ذلك.

٢- حكم وهو ما يصدر عن القاضي لحسم النزاع وقطع الخصامة وهو إما بإلزام المحكوم عليه بكلام ينطق به القاضي فيقول حكمت عليك بكذا وهذا يسمى قضاء إلزام أو استحقاق^(٢)، وإما بمنع الحاكم المنازعة بقوله للمدعى ليس لك حق

= متعين عليه ويجبر عليه من الحاكم، وحرم قبوله أو طلبه لجاهل وطالب دنيا، ونذب لشهر علمه لإفادة الناس به أو كان في ضيق عيش وأراد التوسعة على عياله. راجع الدسوقي على الدردير ج ٤ ص ١٣١ وعند الشافعية كما يروي الخطيب علي أبي شجاع ج ٤ ص ٣٢١ - وفي المغني لابن قدامة ج ٩ ص ٣٥ «من الناس من لا يجوز له الدخول في القضاء وهو من لا يحسنه ولم يجمع فيه شروطه، ومنهم من يجوز له ولا يجب وهو من كان أهلاً له ولم يتعين له، ومنهم من يجب عليه وهو من يصلح وتعين، وقد نقل عن أحمد ما يدل على أنه لا يجب عليه حتي مع هذا. وهو نقل غريب إن صح فإنه لا بد من تأويل أو سبب»

ومن ناحية العقل فإن ضرورة المجتمع تقتضيه لقطع المنازعات وإنصاف المظلوم من الظالم وغير ذلك من المصالح التي لا تقسم إلا بإمام، ومعلوم أنه لا يمكن القيام بما نصبه له بنفسه فيحتاج إلي نائب يقوم مقامه في ذلك وهو القاضي. راجع التبصرة، والخطيب علي أبي شجاع والبدائع، والفتاوي الهندية، والمغني لابن قدامة ج ٩ ص ٣٤.

(١) ونقل ابن عابدين في حاشيته علي شرحه للتنوير ج ٤ ص ٣٢٧ عن البحر أن ركن القضاء ما يدل عليه من قول أو فعل لأن المراد بالقضاء الحكم وهو أحد الستة المذكورة ضمن الأركان فيلزم أن يكون ركناً لنفسه، لكننا نستطيع أن نقول إن الحكم الذي هو ركن عبارة عما ينطق به القاضي والمسمي الآن بمنطوق الحكم، أما الحكم الذي بمعنى القضاء فقلنا إنه مجرد المنع، أو يمكن أن يقال إن المراد بالحكم هنا إيقاع الحكم من ذي الصلاحية القانونية في الحادثة.

(٢) واصطلاح فريق من الأصوليين علي أن قضاء الإلزام الحكم بما هو قطعي كاستحقاق الشريك للشفعة، وقضاء الاستحقاق الحكم بما يثبت بالاجتهاد والظن من أنواع الحقوق كاستحقاق الجار للشفعة.

وقد يكون قضاء الإلزام أو الاستحقاق بالفعل مثل ما يقع من الحكام من أنواع القسمة الجبرية.

قبله عند عجزه عن الإثبات وحلف المدعى عليه وهذا يسمى قضاء الترك، ولا بد من أن تكون عبارة الحكم واضحة قاطعة في الدلالة^(١)

٣- المحكوم به وهو في قضاء الإلزام والاستحقاق ما ألزم به القاضى المحكوم عليه من إيفاء المدعى حقه، وهو في قضاء الترك عبارة عن ترك المدعى المنازعة، وعلى كل فالمحكوم به هو الحق، وهذا إما أن يكون حقاً خالصاً لله أو للعبد أو مشتركاً بينهما وأحدهما غالب، ويلزم أن يكون الحق المحكوم به معلوماً^(٢).

٤- المحكوم عليه، وهو من يصدر الحكم ضده، والمحكوم عليه في حقوق الشرع من يستوفى منه حقه سواء أكان مدعى عليه أو لا، والمحكوم عليه قد يكون واحداً وقد يكون متعدداً^(٣).

٥- المحكوم له وهو المدعى بحق له خالصاً أو يغلب فيه حقه، فلا بد من أن يدعى الحق المحكوم به وطلب الحكم له به سواء بنفسه أم بواسطة نائب، وكذا لا بد من أن يكون حاضراً هو أو نائبه^(٤).

ومن هذا نتبين أن القضاء إنما يكون في حادثة أى من خصم على خصم بدعوى صحيحة فخرج عن القضاء ما ليس بحادثة وما كان من العبادات^(٥).

(١) وهناك من أقسام الحكم منع تعرض المدعي عليه للمدعي فيما في يده وهذا وإن لم يعرف قديماً فإن الحاجة قد دعت إلى سماع هذا الطلب - راجع شرح مجلة الأحكام العدلية للأستاذ الغزي ص ٤٦٦ / ٤٦٧.

(٢) إذا كان الحق المحكوم به خالصاً للعبد أو حقه غالباً فيه لا بد من أن يكون المدعي هو صاحب الحق نفسه أو نائبه ويسمى المدعي وهو من لا يجبره علي الخصومة إذا تركها. بخلاف ما إذا كان غالب الحق أو كله لله إذ هنا تكون الدعوى حبة تقوم بها في عصرنا الحاضر النيابة العامة لأنه حق للمجتمع كما يري الأحناف. خلافاً للشاطبي، راجع لنا مباحث الحكم عند الأصوليين.

(٣) وقد يكون غير متعین كان يحكم لشخص بالحرية الأصلية في دعوي شخص أنه معتقه لأجل أن يرثه بسبب ولاء المتأق راجع ابن عابدين ج ٤ ص ٣٢٨.

(٤) إذا كان المحكوم له هو الشرع كما في حقوقه للحضة أو التي غلب فيها حقه فإنه لا يشترط الدعوي كما قدمنا.

(٥) حاشية الطحطاوي ج ٣ ص ١٧٣.

طرق الإثبات الموصلة للحكم .

يجب ليفصل القاضى فى الخصومة المعروضة عليه، وليكون قضاؤه محققاً للعدالة أن يعلم بوقائع الدعوى وأن يعلم بحكم الله فيها .

وأما علمه بوقائع الدعوى فيكون إما بمشاهدته حوادثها وإما بوصولها إليه بطريق التواتر وإلا كان ماضى إليه يفيد ظناً لاعلماً، ولما كان الوقوف عند هذا فيه ضيق بالناس وخرج وبسبب ضياع كثير من الحقوق، أجاز الشارع قبول الحجة الظنية بعد أخذ الحيطة، واكتفى فى العلم بوقائع الدعوى أن يكون عن طريق إقرار المدعى عليه أو سماع شهادة الشهود العدول مع احتمال كذب المقر وكذب الشهود. لكن المعتاد ألا يكذب الإنسان على نفسه بحق يلزمه، كما أن المعتاد أن الشهود العدول لا يكذبون، وعلى كل فهو ماتقتضيه الضرورة .

وأما علمه بحكم الله فهو يكون من معرفته بالنصوص القطعية فى المسألة أو ما أجمع عليه المسلمون، وإلا فيكون بالاجتهاد وهو مبنى على غلبة الظن أيضاً وهذا ما ستكلم عنه فيما بعد .

وطرق العلم بوقائع الدعوى كما يرى ابن القيم هى أى حجة تؤيد الدعوى . وذكر من البيانات ستا وعشرين نوعاً^(١)

لكن كثيراً من الفقهاء ومنهم ابن عابدين^(٢) قد حصروها فى أمرين : الدعوى، والحجة .

أما الدعوى فهى فى الاصطلاح الفقهى قول مقبول عند القاضى يقصد به طلب حق قبل غيره، أو دفعه عن حق نفسه . بينما هى عند القانونيين إمكان الالتجاء إلى القضاء . أما نفس الترافع فليس حقيقة الدعوى عندهم .

(١) فى كتابه الطرق الحكمية الذى وضعه خاصة لهذا الموضوع وتكلم عنها من ص ١٢١ إلى ص ٢١٩

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٢٨ ، ٤٦١ وما بعدها .

والمدعى لا يجبر على الدعوى إذا تركها، أما المدعى عليه فإنه يجبر، ولا بد لصحتها من عرضها في مجلس القضاء وأن تكون من خصم على خصم، والأصل أن يكون الحق المدعى به معلوماً والادعاء به معقولاً وأن تتضمن الدعوى طلب إلزام الخصم بشيء وإلا كانت عبثاً. ولا بد بعد الادعاء من أن يجيب المدعى عليه عنها فلو سكت اعتبر منكراً. فإن أقر المدعى عليه بالدعوى أو أنكر وأثبتها المدعى بإحدى الحجج المذكورة حكم القاضي، وإلا فإذا عجز عن الإثبات حلفه الحاكم بناء على طلب المدعي^(١) وقضى بعد ذلك بمقتضى النكول أو حلف اليمين.

وأما الحجة فأروا أنها سبعة أنواع^(٢) : الإقرار واليمين والنكول والقسامة، وعلم القاضى بما يريد أن يحكم به، والقرائن الواضحة التى تصير الأمر فى حيز المقطوع به.

والإقرار فى الوقائع مظهر لثبوت المقر به، وما على القاضى إلا أن يأمره بتنفيذ ما ألزمه بالإقرار، فالحق إذا لايثبت معه بالقضاء، والبيئة- التى هى عبارة عن الشهادة كما يرى الفقهاء - لاشك فى أنها طريق للقضاء بالحق إذا اتصل بها القضاء، واليمين اعتبر طريقاً للقضاء فى الظاهر لأنه يقطع النزاع عادة وإن كان ترك الحق المدعى به فى يد المدعى عليه أساسه العجز عن إثباته لأقضاء له بيمينه، ونكول المدعى عليه أيضاً عن حلف اليمين الموجه إليه لا يوجب الحق إلا إذا اتصل بمجلس القضاء فهو يفترق عن الإقرار فى هذا، والقسامة جعلتها السنة طريقاً للقضاء بالدية وإن كانت فى الواقع داخلية فى اليمين، وعلم القاضى المستفاد له من مجلس القضاء والنظر فى الدعوى يكون طريقاً للقضاء، وأما علمه الحاصل من غير ذلك فالراجع أنه لا يكون طريقاً للقضاء لفساد الزمان، والقرينة القاطعة

(١) إلا فى دهوى الدين على الميت. وذكر ابن عابدين أموراً أخرى ج ٤ ص ٤٦٥.

(٢) وطرق الإثبات فى القانون المدنى المصرى الإثبات بالكتابة والبيئة وبالقرائن وبالإقرار وباليمين وبالنكول وقد تضمنتها المواد من ٣٨٩ إلى ٤١٧ من نصوص القانون المدنى ١٣١ لسنة ١٩٤٣. وفى قانون المرافعات المواد (١٨٥ / ١٨٨) ، (٢٢٥ / ٢٥٢) أن معانة المحكمة لحل النزاع والمعانة بمعرفة أحد الخبراء الفنيين يعتبر من طرق الإثبات.

طريق للقضاء كما يرى ابن الغرس وهو غريب كما يرى غيره لأنه لم يعرف عن الأئمة . ويجدر بنا هنا أن نشير إلى كل حجة من هذه الحجج بكلمة موجزة .

الإقرار ،

وهو الإخبار بثبوت حق^(١) للغير على نفس المقر^(٢) باللفظ أو مافى حكمه ، وهو وإن كان من أقوى^(٣) الحجج إلا أنه حجة قاصرة على المقر فلا يتعداه إلى غيره^(٤) . والإقرار يكون باللفظ أو الإشارة بالنسبة للأخرس ومعتقل اللسان الذي صارت له إشارة معلومة في غير الزنا ونحوه مما يدرأ بالشبهة كما يرى الإحناف^(٥) . أما الناطق غير معتقل اللسان فالأصل عدم اعتبار إشارته إذ لا تقبل إلا في بعض المستثنيات كالإقرار بالنسب ، كما يصح الإقرار بالكتابة . وإن كان قد منع فريق الاحتجاج بها لأن الخطوط قابلة للتشابه والمحاكاة ، غير أن الكتاب والسنة والإجماع كلها تفيد حجية الإقرار بها^(٦) ما دام لم توجد فيها شبهة التزوير ، وقد

(١) وفي القانون المدني المادة ٤٠٨ تنص علي أن الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعي بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوي المتعلقة بهذه الواقعة ، ويتعدي أثر الإقرار إلي ورثة المقر أيضا فيصح الاحتجاج عليهم بما حواه ولا يتعدي أثره إلي غيرهم كالدائن أو الشريك أو الورثة فيما بينهم ، كما أنه من حق خصم المقر سماع دلائل أخرى علي دعواه رغم صدور الإقرار وذلك ليتعدي الحكم إلي غير المقر - راجع هذا المعني في الوسيط ج١ ص ٤٩٦ إلي ٥٠٣ .

(٢) ولو في المستقبل ليدخل ما لو أقر بمجلس القضاء أن الدار التي في يد فلان هي لشخص آخر فإذا ملكها المقر في المستقبل عومل بإقراره .

(٣) وكذلك في المادة ٤٠٩ تنص الفقرة الأولى (الإقرار حجة قاطعة علي المقر)

(٤) إلا في بعض صور ذكرت في كتب الفقه ويمكن مراعاتها في كتاب الطرق الحكمية لابن القيم ، والأصول القضائية لعلي قراة ، وطرق القضاء لأحمد إبراهيم ، وغيرها من كتب الفقه .

(٥) وفي المغني ج ٨ ص ١٩٥ «إن الأخرس الذي تفهم إشارته يقام عليه الحد عند القاضي والشافعي وبعض أصحاب مالك خلافاً للأحناف لأن الإشارة عندهم تحتمل ما يفهم منها وغيره فيكون ذلك شبهة في دمه الحد»

(٦) وقد اعتبر القانون المدني الكتابة حجة في إثبات الالتزام ، وتضمنت المواد من ٣٩٠ إلي ٣٩٩ ذلك وبينت أن الإثبات بالكتابة إما أن يكون بطريق الأوراق الرسمية وهي حجة بما دون فيها (مادة ٣٩١) - وأن الورقة المرفوعة تعتبر صادرة عن وقعها مالم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء (مادة ٣٩٤)

اتسع في عصرنا علم أهل الخبرة في معرفة الخطوط، كما عرفت الأوراق الرسمية وغير الرسمية^(١)، وأنها كلها حجة على المقر نفسه أو من يقوم مقامه فيما ورد فيها من إقرار، ويمكن أن يتجه إلى الأوراق غير الرسمية الإنكار والطعن بالتزوير. أما الإقرار في الأوراق الرسمية فإن حجته قاطعة ويكون حجة على الغير بالنسبة لحدوثه فلا يمكن ادعاء عدم صدور هذه الورقة منه بالإنكار وإنما فقط بدعوى التزوير^(٢).

والأصل أنه متى أقر المدعى عليه بالحق حكم القاضي للمدعى دون حاجة إلى سماع بينة منه غير أنهم استثنوا مسائل تسمع فيها البينة مع الإقرار بناء على طلب المدعي^(٣) لأن البينة تعدى لغير المقر، والمقصود بالدعوى هو أن يتعدى الحكم إلى الغير منعاً للضرر.

(١) والورقة غير الرسمية تشمل الورقة العرفية الشابتة التاريخ والأوراق الخاصة أيضاً ويلحق بها دفاتر التجار، وقد تضمنت المواد ٣٩٦ إلى ٣٩٨ ذلك وألحقت بالأولي بالورقة العرفية الرسائل الموقع عليها والبرقيات إذا كان أصلها المودع بمكتب التصدير موقعاً عليه من مرسلها. والورقة غير الرسمية إذا لم ينكرها صراحة من نسبت إليه أصبحت في قوة الرسمية فلا يملك بعد ذلك إنكارها وإنما فقط يتجه إليها الطعن بالتزوير، أما إذا أنكر صراحة أن الورقة كلها أو بعضها صادرة منه فعلي المحتج بها عبء إثبات صدورها منه وذلك بأن يطلب إحالتها على التحقيق. راجع الوسيط للسنهوري ج ٢ ص ١٨٨ / ١٨٩.

(٢) وقد فرقت المادة ٢٦١ من قانون المرافعات بين الإنكار والادعاء بالتزوير وأفادت أن الإنكار إنما يرد على الأوراق غير الرسمية، أما ادعاء التزوير فيرد على الرسمية وغير الرسمية المواد من ٢٨١ إلى ٢٩١ من قانون المرافعات تضمنت إجراءات الادعاء بالتزوير.

(٣) ومع هذا فقد استثنوا أموراً يطلب فيها القاضي البينة رغم صدور الإقرار، ومن الأول ما إذا ادعى بعض الورثة ديناً على الميت فأقر أحد الورثة فإن على المدعي أن يقيم البينة على حقه مع الإقرار ليكون حقه في كل التركة، ومن هذا ما إذا ادعى شخص أن فلاناً المتوفى أقامه وصياً على أولاده قبل موته وأن فلاناً المدعي عليه مدين له بمبلغ كذا فصدقه المدعي عليه في الوصاية فإن القاضي لا يثبتها بإقراره حتي يقيم البينة عليها لأن ذمة المدين لا تبرأ بمجرد الإقرار عند إنكار الوصاية.

البينة .

وهي في اصطلاح الفقهاء مرادفة للشهادة^(١) ولكن ابن القيم أطلقها على كل ما يبين الحق، والشهادة عبارة عن إخبار صادق في مجلس الحكم بلفظ الشهادة لإثبات حق على الغير، وبدا تدخل الشهادة المبينة على السامع فيما يصح قبولها فيه كالشهادة على الموت، وهي واجبة في غير ما يدرأ بالشبهة لقول الله تعالى ﴿ولا يَأْبُ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾ أى لا يمتنعوا عن أدائها إذا دعوا إلى ذلك لدى الحاكم، وبالشهادة المستوفية لشروطها يظهر الحق للقاضى ويجب القضاء بمقتضاها^(٢). هذا وقد بين الفقهاء الشروط الواجب توافرها حتى تكون الشهادة مقبولة واجبا لاخذ بها، كما بينوا من تقبل شهادته ومن لا تقبل، وحكم اختلاف الشهادة عن الدعوى واختلاف شهادة أحدهما عن شهادة الآخر، والرجوع في

(١) وكذلك في القانون المدني كما هو مفهوم المواد من ٤٠٠ إلى ٤٠٣ - فقد تضمنت المادة ٤٠٠ ما يفيد عدم جوار إثبات التصرف القانوني الذي تزيد قيمته على عشرة جنيهات أو غير المحدد القيمة بالبينة إلا باتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. ويجوز الإثبات بالبينة إذا كانت زيادة الالتزام على عشرة جنيهات لم تأت إلا من ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل على أنه إذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بالبينة في كل طلب لاتزيد قيمته على عشرة جنيهات ولو كانت في مجموعها تزيد على هذه القيمة. وتضمنت المادة ٤٠١ أنه لايجوز الإثبات بالبينة ولو لم تزد القيمة على عشرة جنيهات فيما يخالف أو ما يجاور ما اشتمل عليه دليل كتابي أو كان المطلوب هو الباقي أو هو جزء من حق لايجوز إثباته إلا بالكتابة أو كان المطلوب في الدعوى تزيد قيمته على عشرة جنيهات ثم عدل الطلب إلى ما لايزيد عنها، أما المادة ٤٠٢ فلأنها تفيد. جوار الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة والمادة ٤٠٣ تفيد أنه يجوز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثباته بالكتابة ولو كان أكثر من عشرة جنيهات إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي وإذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لايد له فيه.

(٢) ومن الدعاوي ما لا يقبل فيها شهادة أقل من أربعة رجال كالزني ومنها ما لا تقبل إلا شهادة الرجال فقط ويكتفي فيها برجلين عدلين كالحسدود غير الزني وكالدعاوي التي يجب فيها القود في النفس أو الأطراف ومنها ما تقبل فيه شهادة الرجال والنساء معاً كالدعاوي المتعلقة بالأمول والنكاح والوكالة والوصية والعدة والوقف والصلح والهيئة والإقرار والإبراء، ومنها ما تقبل فيه شهادة النساء منفردات عن الرجال وهذا فيما لا يطلع عليه الرجال عادة كالولادة وعيوب النساء والبكارة، ومنها ما تقبل فيها شهادة رجل واحد كما في حوادث الصبية التي تقع بينهم في أماكن عملهم أو تعلمهم.

الشهادة، وتحليف الشهود وما تقبل فيه الشهادة بالتسامح^(١) إلى غير ذلك كطعن الخصوم على الشهود وحكم تعارض البيّنات إذا وجد مدعيان وأقام كل منهما بيّنة، وما يترجع منها^(٢).

اليمين والنكول

من حق المدعى عند العجز عن إثبات دعواه وإنكار المدعى عليه لها أن يطلب^(٣) من القاضي توجيه اليمين^(٤) إليه على نفى الدعوى لقبول الرسول «البينة على من ادعى واليمين على من أنكر». واليمين ليس طريقاً لإثبات الحق، وإنما يوجهه المدعى رجاء نكول المدعى عليه في مجلس القضاء فيقضى له القاضي بالحق.

(١) والشهادة السماعية كما يرى رجال القانون جائزة حيث تمحور الشهادة الأصلية والغالب أنها دون الشهادة الأصلية من حيث اقتناع القاضي بها وتقديره لها. راجع الوسيط ج ٢ ص ٣١٣. والواقع أنه ليس هناك نص تشريعي يجيز هذه الشهادة بل الأصل عدم قبولها لأن صاحبها لا يحمل مسئولية شخصية فيما شهد به، ويرى الدكتور السنهوري في كتابه الوسيط ج ٢ ص ٣١٥، ٣١٦ أنه لا مانع من الأخذ بها إعمالاً للمادة الأولى من القانون المدني التي تقضى بأنه إذا لم يوجد نص تشريعي ولا عرف حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية وهي تمهيزها في الشهادة بالنسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي وأصل الوقف وشرائطه والولاء والمهر.

(٢) كقولهم إن البيّنة التي تقوم على خلاف الظاهر مقدمة على القائمة على الظاهر وبيّنة الصحة مقدمة على بيّنة المرض وبيّنة مدعى فساد النكاح والبيع مقدمة على بيّنة صحتها، وبيّنة الجرح أولى من بيّنة التعديل.

(٣) وهناك وقائع يوجه اليمين فيها دون طلب كماً أنه يوجه إلى المدعى نفسه، كالمدعى ديناً أو حقاً على ميت لا يحكم له بما يدعى إلا بعد أن يحلف أنه ما استوفاه، وهناك مسائل اختلفوا في جريان الاستحلاف فيها كأن تدعى المطلقة بعد انقضاء العدة أن المطلق قد راجعها في العدة وهو ينكر، أو ادعى هو ذلك وأنكرت هي، ولا بيّنة لأحدهما، فيستحلف المنكر عند صاحبيه دون الإمام.

(٤) وقد تضمنت المواد من ٤١٠ إلى ٤١٧ طريقة الإثبات باليمين والنكول وهي في مجموعها تتضمن أن اليمين نوهان: يمين حاسمة وهي التي يوجهها الخصم إلى خصمه يحتكم بها إلى ضميره لحسم النزاع، ويمين متممة وهي التي يوجهها القاضي إلى أي من الخصمين ليستكمل بها الأدلة التي قدمها الخصم.

وقد تضمنت المادة ٤١٢ عدم جواز الرجوع في طلب اليمين متى قبل الخصم حلفها، أما اليمين المتممة فإنه يجوز للقاضي الرجوع في توجيهها ومع هذا فهو غير مقيد بالحكم بموجهه بعد حلفه (المادة ٤١٥، وراجع في هذا المعنى الوسيط الدكتور السنهوري ج ٢ ص ٥٨٦)

وإذا وجه القاضي اليمين فإنه يطلب من المدعى عليه أن يحلف بالله لا بأى شئ آخر لقول الرسول، «من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليذر»، فإذا حلف فى مجلس القضاء انقطعت الخصومة بينه وبين المدعى فى هذا النزاع فى الحال والاستقبال على الراجح لأن الإثبات باليمين بعد العجز عنها نادر، وليأمن المدعى عليه شغب المدعي، والعمل على ذلك، وإن نكل حكم عليه بالحق المدعى به إلا إذا كان قصاصاً بالنفس.

ولما كان النكول فى معنى الإقرار على ما قلنا فهو حجة قاصرة^(١) أيضاً، ومن حق المدعى أن يقدم بينة على دعواه كي يمكن أن يتعدى الحكم على الغير.

القسامة :

كانت القسامة طريقاً للقضاء بالدية لأولياء الدم وقد أقرتها السنة، وصورتها: أن يوجد قتيل فى محلة ولم يعلم قاتله، فإذا طالب أولياء دمه بالقسامة وتوافرت شروطها، أجيبوا إلى طلبهم، وحلف خمسون من صالحى الحى يختارهم أولياء القتيل فيحلف كل واحد منهم بأنه لم يقتله ولا يعلم قاتله، فإذا حلفوا حكم بالدية على أهل المحلة، ومن نكل حبس حتى يحلف أو يقر.

علم القاضي :

أما علمه المستفاد بعيداً عن نظر الدعوى فقد منعه أبو حنيفة وأجازه الصحابان، وأما علمه المستفاد أثناء نظر الدعوى نتيجة فحصها والنظر فى أدلتها فإنه يجوز القضاء به اتفاقاً فى غير ما يدرأ بالشبهات. ومع هذا فالتأخرون من الفقهاء رأوا أن القاضي لا يقضى بعلمه مطلقاً فى جميع الدعاوى والصور لغلبة الفساد فى هذه العصور، والعمل الآن على ذلك^(٢).

(١) وقد تضمنت المادة ٤١٤ مدني أن كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه. وفي الوسيط للدكتور السهورى ص ٥٧٠ أن اليمين الحاسمة حجة قاصرة على الحالف ولا تنعدي إلا إلى ورثته فقط كما أن القانون يفيد أن النكول حجة قاصرة على الناكل.

(٢) انظر نيل الاوطار للشوكاني ج ٨ ص ٢٨٧، والمغني ج ٩ ص ٥٣، وحاشية الدسوقي ج ٤ ص ١٥٨ وفي الوسيط لاجبور للقاضي أن يقضى بعلمه لأن علمه يكون دليلاً فيحق للخصوم مناقشته وهذا لاجبور. ثم قال ولكن هذا لا يمنع أن يستمين به فيما هو معروف بين الناس ولا يكون علمه خاصاً به ج ٢ ص ٣٣. وقد تضمنت الموسوعة الجنائية ج ١ ص ٢٦٠ هذا المعنى في الإثبات الجنائي.

القريضة القاطعة ،

كمن يوجد في مكان ليس به أحد وقد تملكه الذعر والخوف ويده سكين
يقطر منها الدم ووجد شخص ذبيح يسيل منه الدم . وقد اعتبر ابن الغرس القرينة
القاطعة^(١) هذه طريقاً للقضاء بالحق وعارض فيها الكثير من الفقهاء لأنه قد يكون
مع هذا بريئاً.

ما يشترط فيه القاضي ،

تكلم الفقهاء كثيراً فيما يشترط في القاضي^(٢) . وهم وإن اختلفوا في عددها
إلا أنهم في الحقيقة قد تناول كل منهم ما تناوله الآخر جاملاً جملة من الشروط
في شرط واحد، وبالجملة فإن ما يشترط في القاضي يمكن حصره في الآتي :

الاول - أن يكون رجلاً^(٣) فلا يصح أن يولى الصبي في القضاء، كما
لا يصح قضاء المرأة عند الأئمة الثلاثة، وخالف في ذلك الحنفية وقالوا إنه يجوز
للمرأة أن تقضى فيما عدا الحدود والقصاص إذ لاتقبل شهادتها فيهما فلا يصح
قضاؤها بالأولى فيهما، وفي الهداية والفتح والعناية^(٤) عليها «يجوز قضاء المرأة
في كل شيء، إلا في الحدود والقصاص اعتباراً بشهادتها فيهما . إذ حكم القضاء

(١) والقرائن في القانون قسمان : قرائن يستنبطها القاضي من وقائع الدعوي وظروفها وله حرية
واسعة في تقديرها . الوسيط ج ٢ ص ٣١٦ ، وقرائن قانونية يقررها القانون وهي قسمان :
بسيطة أي تقبل إثبات العكس وقاطعة فلا تقبل ذلك . انظر المواد ٤٠٤ / ٤٠٧ مدني ، والوسيط
ج ٢ ص ٥٩٧ / ٦٢٤ .

(٢) الخطيب علي أبي شجاع ج ٤ ص ٣٢٢ اعتبرها خمسة عشر شرطاً ، والماوردي في الأحكام
السلطانية ص ٦١ اعتبرها سبعة شروط ، وابن قدامة في المغني ج ٩ ص ٣٩ ، وقد تناولها أيضاً
الدسوقي علي الدردير ج ٤ ص ١٢٩ ، وابن عابدين ج ٤ ص ٣٢٨ ، والبندانج ج ٧ ص ٣ ،
والفتاوي الهندية ج ٣ ص ٣٠٧ ، وشرح مجلة الأحكام العدلية لغزي ص ٤٦٩ وغيرها من
كتب الفقه .

(٣) حراً لأن نقص العبد عن الولاية علي نفسه يمنع من انعقاد ولايته علي غيره .

(٤) فتح القدير ج ٥ ص ٤٨٥ .

يستقى من حكم الشهادة إذ كل منهما من باب الولاية، وهى أهل للشهادة فى غير الحدود والقصاص^(١).

والأحناف وإن أجازوا قضاء المرأة فى غير الحدود والقصاص، فإن ابن جرير الطبرى قد أجازها لها فى كل شيء يجوز للرجل أن يقضى فيه، وقاسه على جواز إفتائها^(٢).

الثانى - العقل وهو مجمع على اعتباره، ولا يكتفى بالقدر الذى يتعلق به التكليف إذ ينبغى أن يكون صحيح التمييز جيد الفطنة يتوصل بذكائه إلى إيضاح ما أشكل عليه.

الثالث - أن يكون مسلماً لأن الإسلام شرط فى جواز الشهادة على المسلم ولأن الله يقول «ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً» فلا يجوز لغير المسلم على هذا القضاء مطلقاً، ومذهب الأحناف أنه يجوز تقليد غير المسلم القضاء على غير المسلمين لأن أهلية القضاء بأهلية الشهادة والذى أهل للشهادة على الذمى، ولاضير فى هذا عندهم لأن القضاء يتخصص بالأقضية^(٣) أما قضاؤه على المسلم فغير جائز لأن شهادته عليه غير مشروعة.

وقد أجاز الحنابلة وشريح والنخعى والأوزاعى، وابن مسعود، وأبو موسى والظاهرية والإمامية^(٤) قبول شهادته فى وصية المسلم حال السفر، ولعلمهم فى هذا

(١) وفي البدائع ج ٧ ص ٣ «وأما الذكورة فليست من شرط جواز التقليد للقضاء فى الجملة لأن المرأة من أهل الشهادة فى الجملة إلا أنها لاتقضى بالحدود والقصاص لأنه لأشهادة لها فى ذلك وأهلية القضاء تدور مع أهلية الشهادة»

(٢) المغنى ج ٩ ص ٣٩، ونيل الأوطار للشوكاني ج ٨ ص ٢٦٥، والأحكام السلطانية للماوردي ص ٦١ ويقول «ولا اعتبار بقول يرد الإجماع».

(٣) راجع ابن عابدين ج ٤ ص ٣٢٩ «فيدخل فيه الكافر المولى على أهل الذمة فله يصح قضاؤه عليهم حالاً، وكونه قاضياً خاصاً لايفرض، كما لا يفرض تخصيص قاضي المسلمين بجماعة معينين».

(٤) المغنى ج ٩ ص ١٨٢ / ١٨٤، والمحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٠٥.

لاحظوا الضرورة. واستنبطوا حكمهم هذا من قول الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ، أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ﴾. وقال ابن عباس (من غيركم) أى من أهل الكتاب عند الضرورة.

وروى عن عبد الله بن أحمد بن حنبل أنه تمحور شهادة غير المسلم على المسلم فى الميراث قياساً على ما أجاروه فى السفر^(١) وقد روى عن مالك أنه أجاز شهادة طيبين كافرين على المسلم حيث لا يوجد مسلم^(٢).

ونقل عن شيخ الإسلام ابن تيمية «وقول الإمام أحمد فى قبول شهادة غير المسلم فى هذا الموضع، هو ضرورة، يقتضى هذا التعليل قبولها فى كل ضرورة حضراً أو سفراً، ولو قيل تقبل شهادتهم مع إيمانهم فى كل شيء عدم فيه المسلمون لكان له وجه ويكون بدلاً مطلقاً»^(٣) وهذا يفيد أن جواز الإشهاد المذكور بالوصية لا يختص بها لدلالة النص على مايساوى الوصية من الحوادث.

كما أن آتى الإشهاد على التبايع والإشهاد على دفع الأموال لمن بلغ من الأيتام جاءتاً مطلقتين عن أى قيد يفيد اشتراط الإسلام فى الشهود على المسلمين يقول الله ﴿وَأَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ﴾ ويقول ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ﴾.

حقاً إنه اشترط فى آية أخرى أن تكون الشهادة من ذوى عدل من المسلمين يقول الله تعالى «... فَإِذَا بَلَغَ أَجْلُهُنَّ فَاْمَسْكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارْقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ» لكن بالتأمل والنظر نجد أن هذه الآية جاءت فى حكم من أحكام الطلاق.

(١) الطرق الحكمية لابن القيم ص ١٧١ الطبعة الاولى سنة ١٩٥٣ المطبعة المنيرية، نيل الاوطار للشوكاني ج ٨ من ٢٩٣.

(٢) المرجع السابق ص ١٧٧.

(٣) الاختيارات لابن تيمية ص ٢١٢، والمرجع السابق ص ١٧٩ وذكر نقولاً كثيرة تؤيد وجهة نظره راجع أيضاً فى ذلك طرق القضاء فى الشريعة الإسلامية ص ٣٤٠ للأستاذ أحمد إبراهيم مطبوع سنة ١٣٧٤ هـ.

وبذا يمكن أن يقال إن شهادة غير المسلم على المسلم لا تجوز في الطلاق ونحوه مما يندرج تحت أحكام الأسرة «مسائل الأحوال الشخصية» أما في غير ذلك من المسائل المدنية ونحوها فإنها تجوز الشهادة مع اختلاف الدين.

وبناء على هذا يمكن تصحيح الوضع الحاضر في القضاء من ناحية السياسة الشرعية مادام أساسه الشهادة فلا يصح قضاء غير المسلم على المسلم في مسائل الأحوال الشخصية، وإن أمكن التمثل والقول بجواره في المسائل المدنية ونحوها. وعلى كل فالسألة ينبغي أن تكون محل نظر لتصحيح الوضع القائم الذي تقتضيه السياسة الشرعية اعتباراً للصالح العام^(١)، أما قضاء المسلم على غير المسلم فسنذكره في موضع آخر إن شاء الله.

هذا كله بالنسبة لقضاء غير المسلم على المسلم، أي الحكم بالفعل، أما من ناحية صلاحيته لتولى القضاء فالفتى به أنه أهل للتولية، ولذا فإن ولي الأمر إذا ولى في القضاء غير مسلم ثم أسلم وقضى بين المسلمين صح قضاؤه دون حاجة إلى تولية جديدة، كما أنه إذا كان القاضي مسلماً ثم ارتد ثم أسلم كان على قضاائه على الراجع^(٢).

الرابع - العدالة بأن يكون صادق اللهجة ظاهر الأمانة عفيفاً عن المحارم مأموناً في الرضا والغضب، فلا يجوز تولية فاسق القضاء^(٣)، وقيل يجوز أن يكون

(١) وما نحن عليه الآن هو ما اتجهت اللجنة العلمية الإسلامية التي وضعت قانون مجلة الأحكام العدلية فإن المادة (١٩٧٤) الخاصة بما يشترط في القاضي، لم تشترط فيه الإسلام، كما أن المادة (١٧٠٥) الخاصة بالشهادة فسرت العدالة المشترطة في الشهود بأن تكون الحسنات أكثر من السيئات ولم تشترط الإسلام لصحة الشهادة، وإذا لاحظنا أن مجلة الأحكام العدلية عاجلت المسائل المدنية تاركة مسائل الأسرة لقانون العائلات، نجد أن ماعليه العمل عندنا يتفق مع قانون المجلة المستنبط من أحكام الفقه الإسلامي والذي أشرف علي وضعه جمع من كبار العلماء المسلمين. راجع شرح المجلة للأستاذ الفزي ج ٣ ص ٣٤١ / ٣٤٥، ص ٤٧٣.

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٢٩ «ولو قلد الوالي قاضياً غير مسلم فأسلم فهو علي قضاائه عند محمد...» وراجع الأصول القضائية لعلي قراة ص ٢٨٤ الطبعة الثانية سنة ١٩٢٥.

(٣) المغني ج ٩ ص ٤٠ والخطيب علي أبي شجاع ج ٤ ص ٣٢٢، الدسوقي علي الدردير ج ٤ ص ١٢٩.

القاضي فاسقاً، والراجع عند الأحناف أن قضاء الفاسق نافذ مادام موافقاً لأحكام الشرع والقوانين الموضوعة له، حتى مع وجود من هو أصح منه^(١).

الخامس - أن يكون عالماً بأصول الأحكام الشرعية مرتاضاً لفروعها حتى يجد طريقاً إلى العلم بأحكام النوازل وتمييز الحق من الباطل. والراجع عند الأحناف^(٢) تولية المقلد لأحد المذاهب، وهو رواية عن مالك قال الدسوقي إنها الأصح^(٣).

فالعدالة والاجتهاد كما يرى الأحناف، شرطاً كمال على ما قلنا، ثم نجد صاحب الفتح ينقل عن الغزالي^(٤) «أن اجتماع هذه الشروط من العدالة والاجتهاد وغيرهما مستعذر في عصرنا لخلو العصر عن المجتهد والعدل. فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة وإن كان جاهلاً وفاسقاً. ويقول: وهو ظاهر المذهب عندنا» وقد نقله ابن عابدين أيضاً عن الكمال^(٥).

السادس - السلامة في السمع والبصر والنطق، لأن الآخرس لا يمكنه النطق بالحكم ولا يفهم جميع الناس إشارته، والأصح لا يسمع قول الخصمين، والأعمى

(١) ولما كان الكاساني يقول في البدائع ج ٧ ص ٣ إن العدالة عندنا ليست بشرط لجوار التقليد لكنها شرط الكمال فيجوز تقليد الفاسق وتنفيذ قضاياه إذا لم يجاوز فيها حد الشرع، وعند الشافعي لا يصلح الفاسق قاضياً لأن الفاسق عنده ليس من أهل الشهادة، وعندنا هو من أهل الشهادة فيكون من أهل القضاء، لكن لا ينبغي أن يقلد الفاسق فإذا قلده الوالي فعلا جار التقليد وصار قاضياً تنفذ أحكامه كغيره من القضاء. ومثله في ابن عابدين ج ٤ ص ٣٣٠ والفتاوي الهندية ج ٣ ص ٣٠٧ والفتح والعناية علي الهداية ج ٥ ص ٤٥٤.

(٢) وفي الفتح ج ٥ ص ٤٥٦ أن محمد بن الحسن نص في الأصل علي أن المقلد لا يجوز أن يكون قاضياً.
(٣) وفي حاشية الدسوقي علي الدرر ج ٤ ص ١٢٩ «والأصح أنه يصح تولية المقلد مع وجود المجتهد». وفي الهداية والعناية والفتح «الصحيح أن أهلية الاجتهاد ليست شرطاً للولاية بل للأولية فأما تنصيب الجاهل فصحيح عندنا.. لأن المقصود من القضاء هو أن يصل الحق إلي المستحق وذلك كما يحصل بالاجتهاد يحصل بالتقليد والقضاء لفتري الغير» ويقول الكاساني «لو قلده السلطان في القضاء جاهلاً جار عندنا لأنه يقدر علي القضاء بالحق بعلم غيره بالاستفتاء من الفقهاء». وراجع البدائع ج ٧ ص ١٤ ومثله في الفتاوي الهندية وسائر كتب الأحناف.

(٤) فتح القدير ج ٧ ص ٤٥٤.

(٥) ج ٤ ص ٣٣٠.

لا يتكشف الخصوم، وقال بعض أصحاب الشافعي: يجوز أن يكون القاضي ضريراً^(١) وكذلك روى عن مالك^(٢)، أما سلامة باقي الأعضاء فغير معتبرة في القاضي، وإن كانت السلامة من الآفات أهيب لدوى الولاية^(٣).

(١) المغني لابن قدامة ج ٩ ص ٤٠، والخطيب علي أبي شجاع ج ٤ ص ٣٢٤ وفيه «وإن يكون سميحاً ولو بصياح في أذنه بصيراً لأن الأعمى لا يعرف الطالب من المطلوب ويجوز تولية الأعور ومن يبصر نهراً فقط. وتولية الرسول لابن أم مكتوم علي المدينة وقد كان ضريراً مما جعل مالكا يقول بصحة تولية الأعمى. فإنا نقول إنه استخلفه في الإمامة فقط».

(٢) الدسوقي علي الدردير ج ١ ص ١٣٠ «وإن قلد الأعمى وقضي نفل قضاؤه لأن عدمها ليس شرطاً في صحة الولاية ابتداء أو انتهاء بل واجب، ولذا قالوا لو أصيب بشيء من ذلك وجب عزله ونفل ما أصدره من أحكام».

(٣) الماوردي ص ٦٢.



المبحث الثالث التنظيم القضائي في الإسلام

طريق تعيين القاضي وعزله ،

قلنا إن كل مجتمع لابد له من حاكم ينظمه ويدير أموره ويرعى مصالحه، والحاكم العام لا يستطيع أن يباشر بنفسه جميع السلطات في الدولة، ولابد له من أعوان يكونون بمشابهة وكلاء عنه يختص كل منهم بإدارة مرفق من مرافق الدولة، ومن هذا ولاية القضاء^(١)، فلا بد من الإنابة فيها وتولية قضاة عليها لأن نصب القاضي فرض، ولا فرق بين أن يقع التوكيل للقاضي من السلطان نفسه أو بواسطة أحد نوابه الذين خصصهم بإدارة هذه الولاية، وعلى هذا فإن الحاكم يستند في نفاذ حكمه على تفويضه من قبل ولي الأمر باعتباره يمثل الأمة.

ووكالة القاضي عن الحاكم العام أو نائبه لا تمنع من جواز نظره الخصومات التي يكون السلطان أو نائبه طرفاً فيها، وأن يحكم له أو عليه حسب ماتقتضيه العدالة وينتجج الإثبات، فهذا أمير المؤمنين علي بن أبي طالب قد خصمه أحد اليهود عند القاضي شريح المولى من قبله، وهذا هارون الرشيد قد خصمه أحد المسيحيين عند القاضي أبي يوسف المولى من قبله، وقد حكم القاضيان على الخليفين إذ كان الحق مع خصمهما^(٢).

(١) القضاء في الإسلام كما أشرنا لا يحتكر نفس المنازعات وإنما يشاركه فيها أيضاً نظام التحكيم، وولايتا المظالم والحسبة، وهذه وإن كان بينها وبين القضاء كثير من أوجه الاختلاف والمفارقة إلا أن ذلك يختلف بالنسبة لبعضها عن الآخر.

وهناك أيضاً نظام الإناء وهو أشبه بقسم الرأي عندنا في مجلس الدولة غير أن هذا ليس قوة ملزمة فهو فقط مرشد وكاشف قد يقتنع المستفتي بالفتوى ويعطى إلى أن الحق ليس معه فيعدل عن التقدم للقضاء، أو تعزز رأيه هذه الفتوى فيقتنع خصمه ويسلم له بوجهة نظره ويتسهي ما بينهما من خلاف، أو يسارع إلي عرض الأمر علي القضاء متشجعا بهذه الفتوى.

(٢) والذي نعتقد أن الحق كان معروفاً لهما، وأنهما تصمداً ذلك ليختبرا قوة القضاة في الحق ولو كان في جانب ذيهم وضد الخليفة وليكون ذلك سنة من بعد.

ويجوز تقليد القضاء من السلطان العادل والجائر^(١) إذا كان يمكنه من القضاء بالحق ولا يتدخل في قضائه، وإلا فإنه ينبغي ألا يتقلد القضاء منه، وعلى كل فمن يتقلد القضاء من السلطان الجائر الذي يتدخل في القضايا ويوجه القضاء إلى غير الحق فإن أحكامه تنفذ، فإذا تغير العهد وتولى الحكم والعدل عادل صح إعادة النظر في الأحكام ونقض ما كان مخالفاً للعدل منها^(٢).

وأيما ما كان فإنه لا بد من تولية السلطان أو نائبه للقاضي، فلا يصح أن يولى نفسه ولا أن يتولى القضاء من قبل أفراد الشعب فإنه إذا اجتمع أهل بلدة على رجل وجعلوه قاضياً يقضى فيما بينهم لا يصير قاضياً^(٣) وإنما يكون حكماً. وللحاكم العام عزل القاضي المولى من قبله إذا وقع منه ما يقتضي العزل وإلا فإن الأولى أنه لا يعزله دون مقتض، وهو مذهب الشافعي لأنه عقده لمصلحة المسلمين وقد تعلق به حق الأمة فلا يملك عزله مع سداد حاله^(٤) ومثله في ذلك مثل الوكالة إذا تعلق بها حق الغير.

(١) وفي الفتاوي الهندية ج ٣ ص ٣٠٧ «والإسلام ليس بشرط في السلطان الذي يولى القضاء كذا في التاريخانية».

(٢) وفي الفتاوي الهندية ج ٣ ص ٣٠٧ «ويجوز تقليد القضاء من السلطان العادل والجائر الذي يمكنه من القضاء بالحق» أما إذا كان لا يمكنه من القضاء بالحق فلا يتقلد منه . . وإذا غلب أهل البغي على مدينة واستعملوا عليها قاضياً فقضى بأشياء ثم ظهر أهل العدل على تلك المدينة فرفضت قضايها إلى قاضي أهل العدل فإنه ينفذ منها ما كان عدلاً، وإذا كان القاضي نفسه من أهل البغي فإن حكمه ينفذ - مادام بحق - لأنهم بمنزلة الفاسق والفاسق يصلح قاضياً على أصح الأقاويل» راجع في الموضوع الأحكام السلطانية للماوردي ص ٦٦، والتبصرة لابن فرحون ج ١ ص ١٥، والمغني ج ٩ ص ٣٨.

(٣) الفتاوي الهندية ج ٣ ص ٣١٥.

(٤) المغني لابن قدامة ج ٨ ص ١٠٣ وقيل: يملك عزله دون أن تقع منه خيانة لما روي أن علياً ولي أبا الأسود ثم عزله فقال: لم عزلتني وما تجنت ولا جنيت؟ فقال: إني رأيتك يعملو كلامك علي الخصمين، ولأن ولي الأمر يملك عزل أمرائه وولاته على البلدان فكذلك قضائه، وراجع أيضاً الخطيب علي أبي شجاع ج ٤ ص ٣٢٧.

ولا ينزل القاضي بمجرد صدور قرار العزل، وإنما بمجرد علمه بذلك، وقال أبو يوسف إنه لا ينزل حتى يصل خلفه صيانة لحقوق الناس.

كما أن للقاضي أن يعزل نفسه ويكون ذلك باستقالته من عمله، والجمهور على أن عزله لنفسه لا يتوقف نفاذه على علم الموكل لأنه ليس في هذا إبطال حق أحد. وقيل إنه لا يكون معزولا حتى يعلم من ولاءه، والقياس على رأى أبي يوسف يقتضى أنه لا ينزل أيضاً حتى تقبل استقالته، وهذا هو المطابق لما عليه العمل الآن.

وعلى هذا فأحكامه بعد عزل ولى الأمر له وقبل تبليغه تكون نافذة، وكذلك فإن أحكامه التى يصدرها قبل أن يبلغ بقبول استقالته تكون نافذة^(١). ولو مات أو خلع السلطان أو نائبه الذى ولى القاضي فإنه لا ينزل^(٢) ولا يحتاج إلى تعيين جديد لأنه فى الواقع إنما يستمد ولايته القضائية من الولاية العامة الحاصلة لولى الأمر بتولية الأمة له فهو فى الحقيقة وكيل عن الأمة ويحكم باسمها وليس وكلاء عن السلطان ذاته.

هل للقاضي أن يبدى رأيه فيما يصح أن ينظر أمامه؟

ذهب بعض الفقهاء من أصحاب أحمد بن حنبل والشافعى إلى أنه يكره للقاضي أن يفتى فى مسائل الأحكام المتعلقة به دون مسائل العبادات التى من شأنها ألا تنظر أمام القضاء كالطهارة والصلاة والصوم ونحوها؛ لأنه قد يعرض عليه الموضوع فى خصومة قضائية فيكون هذا إبداء رأى منه فى المسألة ولأنه قد يتغير رأيه وقت الخصومة ويهديه اجتهاده إلى غير ما أفتى به، أو تظهر له قرائن فى مجلس القضاء لم تظهر له عند الإفتاء، فإن أصر على فتياه والحكم بموجبها حكم بخلاف ما يعتقد صحته، وإن حكم بخلافها تطرق الشك إلى نفس الخصم، ولذا

(١) تبصرة ابن فرحون ج ١ ص ٦١ وراجع أيضاً حاشية الدسوقي وشرح الدردير على خليل ج ٤ ص ١٣٤ إلى ١٣٧.

(٢) الخطيب على أبى شجاع ج ٤ ص ٣٢٨.

فإنه روى عن القاضي شريح أنه حينما كان يستفتى فيما يصح أن ينظر أمام القضاء يقول «أنا أقضى لكم ولا أفتي»^(١)

قاضي القضاة واختصاصه :

كان القضاء في عصر الرسول والخلفاء يعينون من قبل الخليفة، أو يفوض الخليفة لولاة الأمصار أمر اختيارهم وتعيينهم، وكان كل قاض مستقلاً عن غيره فلا سلطان لقاض على قاض آخر، ولا امتياز لقاضي حاضرة الخلافة على غيره فهو واحد منهم، واستمر الأمر على هذا الحال في عهد الأمويين أيضاً.

غير أنه في العهد العباسي وفي خلافة هارون الرشيد أنشئت وظيفة قضائية جديدة هي وظيفة قاضي القضاة، يعين فيها الخليفة من يقع عليه اختياره ويفوض له أمر القضاء فيستخلف غيره عنه ويقلد من يرى صلاحه^(٢) وظيفة القضاء في مختلف بلاد الخلافة القريب منها والبعيد، ويعزل منها من كان يستحق العزل، كما يقبل استقالة من عزل نفسه من القضاء إن رأى في ذلك مصلحة، كما كان له أن يتفقد أحوال القضاة فينظر في أقضيته ويراجع أحكامهم. ويتلمس أخبارهم ويتحسس سيرتهم بين الناس، وهو الذي يمثل ولاية القضاء بصفة عامة، وسلطانه فيها غير قاصر على النواحي الإدارية فقط، وإنما يتناول أيضاً الناحية الفنية التي يتعرفها بالتفتيش على قضاياهم، بل كان له حق نقض الأحكام أيضاً، فهو كما يقول صاحب الدر^(٣) «إن قاضي القضاة هو الذي يتصرف فيهم مطلقاً» وكان أول

(١) إعلام الموقعين ج ٤ ص ٢٢٠ وقيل يصح أن يفتي فيما يستفتي فيه إذ لا فرق بينه وبين غيره في جواز الإفتاء لأن منصب الإفتاء داخل في ضمن منصب القضاء، وفي الدردير علي خليل ج ٤ ص ١٣٩ «ويكره للقاضي أن يفتي في خصومة وإن لم تقع» وفي حاشية الدسوقي عليه «وظاهر كلام ابن عبد السلام المنع»

(٢) وقيل إنه لا يجوز له أن يختار والده أو ولده، وقيل يجوز إذا توافر شرط الصلاحية لدخولهما في عموم الإذن. راجع المغني ج ٩ ص ١٠٦.

(٣) الدر المختار علي تنوير الأبصار ج ٤ ص ٣٥٦، وراجع في هذا أيضاً تبصرة ابن فرحون ج ٤ ص ٤١ / ٤٢، وحاشية الدسوقي علي الدردير ج ٤ ص ١٣٣، والخطيب علي أبي شجاع ج ٤ ص ٣٢٦، وفتح القدير ج ٥ ص ٣٨٦، والمغني ج ٩ ص ١٠٥.

من عين في هذه الوظيفة أبو يوسف الفقيه الحنفي والذي عمل على تقليد وظيفة القضاء لاتباع المذهب الحنفي.

القضاء يتخصص بالمكان، والزمان والأقضية :

أولاً - تعيين دار وأيام للقضاء فيها «فكرة المحكمة» :

(١) عرف الفقه الإسلامي فكرة تخصيص مكان معين في البلد أو الجهة يحضر فيه القاضى والمتقاضون وتقام الدعوى أمامه فيه بحيث لا يتعداه، ولا عبرة بما يصدره من أحكام خارج هذا المكان، لأن ولايته القضائية بهذا التخصيص تكون مقصورة على من ورد إلى هذا المكان، ولذلك صار حكمه فيها شرطاً^(١)، وهذا هو المطبق حالياً من تعيين دار «المحكمة» ليقضى فيها القاضى بحيث لا يعتبر حكمه إلا إذا كان صادراً بها.

(ب) وكذلك فقد عرف الفقه الإسلامي فكرة تقييد القاضى بأيام خاصة في الأسبوع يقام فيها مجلس القضاء وتنتظر الدعاوى، بحيث يكون ممنوعاً من النظر في الدعاوى في غير هذه الأيام، كى لا يفوت على أحد من المتخاصمين أو من تعلق حقهم بإحدى الدعاوى أى حق. فإذا انقضت هذه الأيام من الأسبوع لم تزَل ولايته لبقائها على أمثالها من أيام الأسابيع الأخرى^(٢).

(١) الأحكام السلطانية الماوردي ص ٦٩ / ٧٠ «ولو قلد الحكم فيمن ورد إليه في داره أو في مسجده صح ولم يجز له أن يحكم في غير داره ولا في غير مسجده لانه جعل ولايته مقصورة علي من ورد إلي داره أو مسجده فلذلك صار حكمه فيهما شرطاً...»

فكرة تعيين مجلس ثابت للقضاء قد عرف من قديم في الفقه الإسلامي لا كما يقول الزميل الدكتور أحمد مسلم في كتابه أصول المرافعات طبعة سنة ١٩٥٧ ص ٦٤ : «إنها فكرة يتلمسها الباحث تلمساً دون أن يصل إليها نصاً».

(٢) الماوردي ص ٧٠ «ولو قال قللتك النظر بين الخصوم في كل يوم سبت جاز وكان مقصور النظر فيه فإذا خرج يوم السبت لم تزَل ولايته لبقائها علي أمثاله من الأيام وإن كان ممنوعاً من النظر فيما عداه من الأيام».

ثانياً - الاختصاص المکانی :

وكذلك فقد عرف الفقه الإسلامی تقييد القاضي بالقضاء فى بلدة معينة أو ناحية منها فلا تكون له ولاية قضائية على أى جهة أخرى غيرها، وإنما ولايته على سكان هذه الجهة المقيمين فيها دون الطارئین عليها، أو على المقيمين والطارئين (١) بحيث يشمل الحوادث الواقعة فى دائرة اختصاصه دون نظر إلى محل إقامة المتخاصمين، وذلك حسب قرار ولى الأمر أو نائبه عند تقليد القضاء أو بعد ذلك. ومع هذا فعند قصر النظر على سكان هذه الجهة فإن العبرة عند اختلاف محل الإقامة هو موطن المدعى عليه دون نظر لمحل إقامة المدعى لأن ذمة المدعى عليه بريئة حتى يثبت العكس فليس من العدل تكليفه عناء الانتقال والمشقة قبل ثبوت شغل ذمته أو عدوانه. على أن هذه القاعدة لها بعض استثناءات روعى فيها مصلحة خاصة للتيسير كأن تكون المدعية روجة تطالب بنفقة أو حضائه على ما هو مبين فى الدعاوى والمرافعات.

ثالثاً - الاختصاص النوعى :

وهو أن يخصص ولى الأمر القاضي عند تقليده القضاء، أو بعد تقليده بنوع معين من القضايا كالأحوال الشخصية، أو المدني، أو التجاري، أو الجنائى إلى غير ذلك، فلا يصح له أن ينظر فى نوع آخر غيره لا فى دائرة اختصاصه المکانى ولا فى غيره بالأولى (٢).

كما يصح أيضاً مع هذا جعل القضاء فى النوع الواحد على درجات فيخصص قاض بنظر بعض الأنواع التى تكون قيمة النزاع فيها لا تتجاوز مبلغاً معيناً على أن تنظر هذه الدعاوى التى تزيد قيمتها عن ذلك القدر أمام قاض آخر.

(١) راجع المغنى ج ٩ ص ١٠٥ : «ولو قلده النظر فى بلد بعينه فينفذ حكمه فيمن سكنه ومن أتى إليه من غير مكانه» ومثله فى الماوردي.

(٢) الماوردي ص ٧٠ «وإن قلد قاضيان على بلد يورد إلى أحدهما نوع من الأحكام وإلى الآخر غيره كرد المدائنات إلى أحدهما والمناكح إلى الآخر فيجوز ذلك ويقتصر كل واحد منهما على النظر فى ذلك الحكم الخاص...» ومثله المغنى ج ٩ ص ١٠٥ وابن عابدين ج ٤ ص ٣٧٧ والدسوقي على الدردير ج ٤ ص ١٣٤.

فهذا عمر بن الخطاب يقول لأحد قضاة «رد عنى الناس فى الدرهم والدرهمين» كما روى أبو عبد الله الزبيرى أن الأمراء بالبصرة يستقضون القاضى فى مكان معين يحكم فى مئتى درهم وعشرين ديناراً فما دونهما ويفرض النفقات ولا يتعدى موضعه ولا ما قدر له^(١).

بل عرف الفقه الإسلامى تخصيص القاضى بنظر قضية معينة بين خصمين فلا ينظر قضايا أخرى بين غيرهما من الخصوم، وإذا فصل فى هذه الخصومة التى وكل إليه النظر فيها رالت ولايته عليهما، فإذا جدت خصومة أخرى احتاج إلى إذن جديد^(٢). ومن هذا ما حدث فى إبان حكم الثورة من تولية القضاء لأفراد ليقضوا فى قضايا سياسية خاصة، على أن تنتهى ولايتهم القضائية بمجرد الفصل فيها.

رابعاً - عد سماع دعاوى معينة :

ويصح أيضاً تخصيص القضاء باستثناء بعض الحوادث ومنع القاضى من سماعها، وهذا الاستثناء إما أن يكون عاماً أى من النظام العام والمنع فيه لا يتوقف على طلب الخصم، وإنما يجب على القاضى من نفسه مادام قد تنبه إليه. وهذا كعدم سماع الدعوى لمضى المدة فإن الفقهاء قالوا إن القاضى يمنع من سماع دعوى الوقف ودعوى الإرث إذا مضى على الاستحقاق ثلاث وثلاثون سنة بلا عذر يمنع من الادعاء به؛ لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهراً^(٣)، ومثله ما إذا نهى ولى الأمر عن سماع الدعوى بحق إذا مضى عليه أكثر من خمس عشرة سنة مع إنكار الحق وعدم العذر المانع من الادعاء، ودرءاً للمفاسد ومنعاً لدعاوى الزور إذ الحق نفسه لا يسقط بتقادم الزمن^(٤) فلو حكم القاضى فى شيء من هذا رغم مضى المدة كان الحكم مستحقاً للنقض، ومن ذلك أيضاً أمر الوالى بعدم سماع دعوى الزوجية إذا كان سن الزوجة وقتها أقل من ست عشرة سنة، أو كان سن الزوج أقل من ثمانى عشرة سنة، إلى غير ذلك مما منع ولى الأمر قضاة

(٣) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٧٩.

(٢) المصادر السابقة.

(١) المصادر السابقة.

(٤) المصدر السابق ص ٣٧٧ وانظر المادة (٣٧٥) من القانون ٧٨ سنة ١٩٣١.

من سماعه^(١) وهذا من حقه شرعاً لأن القضاء كما قلنا يتقيد ويتخصص، وفي الفتاوى الهندية^(٢) «ويجوز استثناء سماع بعض الحكومات أو سماع خصومة رجل بعينه ولا يصير قاضياً في المشتني».

اشتراك أكثر من قاض في نظر الدعاوى :

وكون الدعوى ينظرها أكثر من قاض واحد في بعض أنواع القضايا أمر أجازه الفقه الإسلامي وعرفه، لأن القاضي نائب السلطان، وهو نوع من الوكالة على ما قلنا. وللموكل أن يوكل عنه أكثر من واحد مجتمعين دون أن يأذن لأحدهم بالانفراد، فكذا في القضاء يصبح إنابة ثلاثة قضاة مثلاً أو خمسة ليشتركوا مجتمعين في نظر بعض الدعاوى التي يجعل لهم ولي الأمر حق النظر فيها. وعندئذ لا يصح لواحد منهم أن ينفرد باستماع إحدى الدعاوى أو الفصل فيها، وإذا فعل أحدهم شيئاً من ذلك فلا اعتبار لما فعل لأن مجموعهم في هذه الحالة إنما هو عبارة عن الفرد الواحد، إذ عقد الإنابة يفيد أن كل واحد منهم يعتبر معزولاً عن القضاء بمفرده لأنه لم ينصب لذلك مستقلاً بل مشتركاً مع الآخرين، وهذا مما يمكن فيه الاشتراك. والواقع أن كتب الفقه^(٣) نقلت خلافاً في المسألة يفيد أن

(١) انظر المادتين ٩٨ ، ٩٩ من القانون ٧٨ لسنة ١٩٢١.

(٢) ج ٣ ص ٣١٥ وراجع ابن عابدين ج ٤ ص ٣٧٧، التبصرة ج ١ ص ٣٧.

(٣) وفي المغني ج ٩ ص ١٠٥ «فإن قلد ولي أمر قاضين أو أكثر عملاً واحداً في مكان واحد فيه وجهان : أحدهما لا يجوز وهو أحد وجهين لأصحاب الشافعي لأنه يؤدي إلي إيقاف الحكم عند الاختلاف في الاجتهاد. والثاني يجوز وهو قول أصحاب أبي حنيفة وهو أصح إن شاء الله. لأن الغرض فصل الخصومات وإيصال الحق إلي مستحقه وهذا يحصل فأشبه القاضي» وفي المحطّيب علي أبي شجاع ج ٤ ص ٣٢٦ «وجاز نصب أكثر من قاض بمحل إن لم يشترط اجتماعهم علي الحكم لأن اجتهادهم مختلف غالباً» ويمكن أن نقول إن الحكم يكون بحكم الأغلبية عند الاختلاف ولذا يلاحظ دائماً عند تعدد القضاة أن يكون عددهم فردياً ثلاثة أو خمسة.

وفي الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣١٧ «وإن قلد السلطان قضاء ناحية إلي رجلين فقضي أحدهما لا يجوز كالوكيلين».

وفي التبصرة ج ١ ص ١٧ ، ١٩ ، وفي الدسوقي ج ٤ ص ١٣٤، وفي شرح التاوي المسمى بحلّي المعاصم بهامش البهجة في شرح التحفة ج ١ ص ١٩ أنه لا يجوز، وهي كتب علي المذهب المالكي.

الأحناف والحنابلة وبعض الشافعية يجيزون ذلك خلافا للمالكية وبعض الشافعية، والماتعون يعللون المنع بأن القاضيين يتعذر اتفاقهما في الرأي مما يؤدي إلى تعطل الفصل في الخصومات بل تعذره، فسبب المنع إذاً هو خشية الاختلاف فإذا اشترطنا عند التعدد أن يكونوا ثلاثة أو خمسة وأجار ولى الأمر عند الاختلاف الأخذ برأى الأغلبية لكان جواز تعدد القضاة لنظر القضية الواحدة جائزاً اتفاقاً.

الطعن في الأحكام^(١) ودرجات التقاضى :

الأصل في الأحكام القضائية أن تكون حاسمة للنزاع وأن تكون لها حجتها وقوتها، ويلتزم بها طرفا النزاع، إلا أنه لما كان هناك احتمال خطأ القاضى فى حكمه ومجانبته الحق فى اجتهاده جار لقاضى القضاة أو من يستخلفه عنه أن ينظر فى أحكام قضائه ويرد منها ما يحتاج إلى الرد ويعدل ما يحتاج إلى التعديل وإن كانت صحيحة أبقى الحكم على ما هو عليه . وقد أشرنا قبل إلى ما قاله الإمام علي، عندما عرضت عليه قضية فى اليمن . فقال: أقضى بينكم فإن رضيتم فهو القضاء وإلا حجرت بعضكم عن بعض حتى تأتوا رسول الله ليقضى بينكم، فلما قضى بينهم أبوا أن يتراضوا وأتوا الرسول أيام الحج وعرضوا عليه خصومتهم، وأن علياً قضى فيها بكذا وأن هذا الحكم غير سليم فى نظرهم، وبعد أن سمع الرسول منهم مقالتهم أجاز قضاء على وقال : هو ما قضى بينكم . أى أنه أيد الحكم المستأنف إليه .

والواقع أن لأنواع الطعون المختلفة كالمعارضة والاستئناف والنقض أسساً فى الفقه الإسلامى، وفى مسأله ما يتسع لذلك، وقد وقع كثير منه فى العصور المختلفة على صور وأشكال متعددة، وماجد الآن من تنظيم لطرق الطعن وتحديد مواعيده وإن لم يكن قد عرف للفقهاء من قبل إلا أن قواعد الفقه الإسلامى لاتنافيه بل تتفق عليه .

(١) وفى قانون المرافعات المصرى يباح التظلم من الأحكام بطريق الطعن فيها، ويكون الطعن عادة لدى محكمة أخرى وحيثل توصف المحكمة التى أصدرت الحكم المطعون فيه بأنها محكمة أول درجة، والمحكمة التى تنظر الطعن توصف بأنها محكمة الدرجة الثانية أو المحكمة الاستئنافية . فإباحة الطعن إذاً هي أساس تدرج القضاء . علي أن الحكم إذا كان غيائياً فإنه يصح الطعن فيه بطريق المعارضة أمام نفس المحكمة التى أصدرت الحكم .

وعما يدل على أن المنتهاء عرفوا طرق الطعون، مانصوا عليه من أن حكم الحاكم لا يستقر في أربعة مواضع وينقض، وذلك إذا وقع على خلاف الإجماع أو القواعد أو النص الجلي أو القياس. إلا إذا كان لهذا الحكم دليل معارض راجح^(١). وقالوا إن القاضى له أن ينقض قضاءه إذا كان الحكم مختلفاً فيه، وله فيه رأى معروف لكنه بخلافه سهواً، إذ لو رفع الحكم إلى غيره وشهدت البينة أن رأيه كان غير ذلك وأنه حكم به سهواً لنقضه من عرض عليه، فكذا كان من حقه أيضاً^(٢).

وقالوا إن الحكم إذا طعن فيه أحد المتخاصمين لدى قاض آخر فظهر له فيه خطأ بين وثبت ذلك عنده فإنه يردده ويفسخه ويبين الوجه الذى بنى عليه حكمه^(٣) أى أسباب الحكم^(٤).

فلو كان الحكم نفسه - أى نظر القاضى للدعوى - محلاً للخلاف فى الرأى دون طريق الوصول إليه، ومثلوا لهذا بما إذا نظر القاضى دعوى ابنه أو أبيه أو امرأته وحكم فيها لصالحهم فقليل إنه يتوقف نفاذه على إمضاء قاض آخر، وقد جزم بذلك صاحب الحانية. فإذا رفع إلى القاضى الثانى نظره من جديد، كأنه لم يفصل فيه فإذا أمضاء أو أبدله يصير حكماً نهائياً فى فصل مجتهد فيه فلا يجوز الطعن فيه بعد، ولا نقضه. وسيأتى.

(١) التبصرة ج ١ ص ٥٥.

(٢) المصدر السابق ج ١/٥٦.

(٣) المصدر السابق ج ١ ص ٥٧، ٥٨ وجاء فى ص ٦٠ «ينبغي للإمام ولقاضي الجماعة قاضي القضاة» تفقد أحوال القضاة وتصفع أنصيتهم فما وافق الحق أمضاء وما خالفه فسحه. والكشف عن القضاة اليوم موكول إلي التفتيش القضائي، علي أنه ليس من سلطان التفتيش نقض الحكم لأن القانون نظم الطعون في الأحكام وأعطى للمتقاضين حق استئناف الحكم وتقديمه لمحكمة النقض علي حسب ما هو مبسوط في كتب المرافعات.

(٤) وذكر الأسباب أمر تتطلبه الشريعة ويحتتمه القانون في كل الأحكام المادة (٣٤٧) من قانون المرافعات.



واشترطوا في الحكم المرفوع للقاضي الثاني أن يكون في خصومة ودعوى صحيحة.

وقالوا إنه ليس على الحاكم - أي القاضي - تتبع قضايا من كان قبله لأن الظاهر صحتها، إلا إذا كان قد طلب أحد الخصمين نقضه وكان مخالفا لنص أو إجماع، وكذا لو كانت مما يجرى فيه الاجتهاد مما ليس فيه نص ولا إجماع، لكن القاضي السابق عرف بعدم الدقة في قضائه لأنه كما يقول ابن قدامة^(١) : «قضاؤه كلا قضاء لعدم توافر شروط القضاء فيه عندهم، وليس في نقض قضاياه نقض الاجتهاد بالاجتهاد إذ الأول ليس بالاجتهاد».

وفي الدر^(٢) : «لو نصب القاضي وكبلا عن المفقود ليأخذ حقه فلا يملك الخصومة بلا خلاف، ولو قضى بخصومته لم ينفذ إلا بتنفيذ قاض آخر كما في الزيلعي والفتح في كتاب القضاء».

كما أنهم كانوا يرون أن القاضي ينبغي أن يحضر مجلسه الفقهاء وأن يستشيرهم فيما أشكل عليه من القضايا. ومع هذا فكان إذا قدمت له شكوى في أحد القضايا فإن كان مأمونا في أحكامه عدلا في أحواله لاتقبل الشكوى فيه ولا يجلس ولي الأمر الفقهاء للنظر في قضائه، وإن كان متهما في أحكامه أو غير عدل في حاله أو جاهلا بقضائه وتعددت الشكاوى فلإن ماذكر في كتب الفقه يفيد أنه ينبغي أن يجلس معه غيره لنظر الخصومة^(٣).

ويدل على ذلك بشكل أوضح أن صاحب التبصرة قد عقد فصلا خاصاً بطلب المحكوم عليه فسخ الحكم الصادر ضده، وبين فيه الأسباب التي يقبل الطعن من أجلها ومالا يقبل^(٤).

(١) المغني ج ٩ ص ٥٨.

(٢) الدر المختار شرح تنوير الأبصار ج ٣ ص ٣٥٨ - ٣٥٩.

(٣) المرجع السابق ج ١ ص ٦٢ - ٦٤.

(٤) كأن يطعن في الحكم لجهل القاضي بالحكم «عدم صحة الأسباب»، أو لعداوة بينه وبين القاضي، أو لوجود بينة لم يعلم بها، إلي غير ذلك مما ذكره ابن فرحون تفصيلا في التبصرة ج ١ ص ٦٣ - ٦٤.

مجلس القضاء :

ذكر الفقهاء لمجلس القضاء آداباً كثيرة تضمنت كثيراً من الأحكام، ولا يتسع موضوعنا لذكرها، إنما لمحتزئ منها بعض ما هو هام. فنجد مثلاً الفقهاء لم ينصوا على وجوب نظر الخصومات في جلسات علنية، وتركوا ذلك لتقدير القاضي. إن شاء أجلس معه غير الفقهاء والأمناء وإن شاء جلس وحده دونهم، وهذا لا يمنع من وجود غير الفقهاء من أصحاب القضايا أو عامة الناس، على أن الذي عليه قضاء الرسول والخلفاء من بعده كان علنياً في مجلس عام لا يمنع أحد من دخوله.

والمادة (٢٥) من قانون تنظيم القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ نصت على ذلك إلا إذا رأت المحكمة جعل الجلسة سرية محافظة على النظام العام أو مراعاة للأدب أو حرمة الأسرة.

وفي اليوم المعين لسماع الدعوى يحضر الخصوم بأنفسهم أو من ينوبونهم عنهم^(١) ولا يجوز له أن يحكم لمن لا يشهد له كإبيه وابنه وزوجته على المختار. ولا يجوز أيضاً على من لا تقبل شهادته عليه لخصومة بينهما لأن التهمة تلحقه في كل ذلك فإن حكم رغم هذا كان الحكم قابلاً للتقاضي^(٢)، ومن واجب القاضي أن يبدأ بالسمعي في الصلح بين الخصوم^(٣) وإلا بدأت المرافعة. وواجب عليه أن يسوى بين

(١) فلا يجوز له القضاء علي الغائب الذي لم يحضر هو أو نائبه، وجاء في ابن عابدين نقلاً عن البحر : أنه لا يقضي علي غائب ولا يقضي له بالبينة سواء أكان غائباً وقت الشهادة أو بعدها. أما إذا أقر بالحق عند القاضي ثم غاب فإن القاضي يقضي عليه وهو غائب. وفي جامع الفصولين أن المدعي عليه لو أقر ثم غاب يحكم عليه بإقراره بالإجماع.

أما الشافعي فإنه لم يشترط ذلك وأجاز القضاء علي الغائب علي تفصيل جاء في كتب الفقه. (٢) وقبل لا يتقاضي، واستظهره ابن فرحون في التبصرة ج ١ ص ٦٠، وقيل ينقضه هو لا غيره. وقيل يتوقف نفاذه علي عرضه علي قاض آخر. راجع حاشية الدسوقي علي الدردير ج ٤ ص ١٥٢، والأصول القضائية لعلي قراعة ص ٣٠٥.

(٣) وفي التبصرة ج ١ ص ٢٩ «وقال عمر بن الخطاب ردوا القضاء بين ذوي الأرحام حتي يصطلحوا فإن فصل القضاء يورث الضغائن، وقال مالك: ولا أري للوالي أن يبلح علي أحد الخصمين أو يمرض عن خصومته لأجل أن يصلح، وقال محمد بن الحسن لا ينبغي للقاضي أن يردهم أكثر من مرتين إن طمع فيها في الصلح بينهم»

الخصوم في النظر إليهم دون نظر لديانتهم^(١) والتكلم معهم مالم يتعد أحدهم فلا بأس أن يؤدبه أو يحزره، ويجب على القاضي أن يؤمن روع الخائف، وينبغى أن يقدم في النظر الأسبق، ومع هذا فله أن يقدم الغريب وذوى الأعداء، ثم يسأل المدعى عن الدعوى بعد التأكد من استيفائها وصلاحياتها لأن تسمع^(٢) ثم يوجهها إلى المدعى عليه بناء على طلب المدعى ليجيب عن الدعوى، ويهمل إذا طلب ذلك دون قصد الماطلة، وإلا فإن أقر بها حكم بمقتضى الإقرار، وإن أنكرها طلب من المدعى الإثبات، ويهمل إذا طلب التأجيل، ويمكن المدعى عليه من إبداء ملاحظاته على ما قدم للإثبات، فإن كان الإثبات غير كاف وعجز المدعى عن إثبات دعواه وطلب توجيه اليمين للمدعى عليه مكن من ذلك وحكم القاضي بمقتضى اليمين أو النكول.

وإذا لم يطلب توجيه اليمين للمدعى عليه قرر القاضي عجزه عن إثبات الدعوى وحكم بمقتضى ذلك.

والأصل أنه متى أصبحت الدعوى صالحة للحكم وجب على القاضي أن يحكم فوراً دون تأخير، وإلا فإنه يكون آثماً، بل ويستحق العزل لما يترتب على تأخير الحكم من الإضرار بالناس وتعطيل مصالحهم وضياع حقوقهم، ومع هذا فإن الفقهاء نصوا على مواضع يجوز للقاضي فيها أن يؤخر الفصل ويؤجل الحكم، كأن يريد أن يتأمل في شهادة الشهود أو يتحرى عنهم، أو كأن يتبين أن الصلح بين الخصمين محتمل، غير أنهم قالوا إنه لا يؤجل لذلك أكثر من مرتين، كما يصح له أن يؤخر الفصل بناء على طلب المدعى لإبداء ملاحظاته على ما قدمه المدعى لإثبات الدعوى، أو ليشبت هو مادفع به الدعوى، أو يؤجل بناء على طلب المدعى نفسه لاستيفاء الإثبات على الدعوى، وكذلك فإن له أن يؤجل الفصل في

(١) التبصرة ج ١ ص ٣١.

(٢) فإذا تبين القاضي أن باطن الأمر ليس كظاهره، وأنه لا تخصص ولا تنازع في نفس الأمر بينهما فليس له سماع هذه الدعوى - ابن عابدين ج ٤ ص ٣٢٩.

وكذلك فإنه لا تسمع الدعوى في الأشياء التافهة الحقيرة التي لا يتشاح العقلاء فيها عادة -

التبصرة ج ١ ص ٣٧.

الخصومة بسبب من قبله وهو النظر لاستنباط الحكم، أى لمراجعة الوقائع والأدلة التى قدمت، والبحث، وكثيراً ما يحدث ذلك فى عصرنا فيؤجل الفصل للحكم أو للنظر إلى غير ذلك من العبارات التى لا تخرج عن هذا المعنى.

مسئولية القاضي :

الفقهاء على أن القاضي إذا تعمد الجور وأقر بأنه حكم متعمداً بغير الحق لزمه الضمان فى ماله ويعزر لارتكابه هذه الجريمة ويعزل من القضاء، أما إذا كان الخطأ غير متعمد فإنه لا يضمن ما ترتب على خطئه من أضرار مالية لحقت بأحد الخصمين بسبب هذا الخطأ؛ لأنه فى قضائه نائب ورسول عن ولى الأمر المولى من عامة الأمة والرسول لا يلتزم بالعهد . وينظر فإذا كان الأمر المقضى فيه حقاً من حقوق الله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر والسرقة بطل القضاء ووجب الضمان فى بيت مال المسلمين إذا كان الحكم قد نفذ لأن ولايته فى الواقع يرجع استمدادها من عامة المسلمين، ويقضى فى هذا للصالح العام فينبغى أن يكون الضمان فى بيت مالهم.

أما إذا كان الخطأ غير المتعمد فى حق من حقوق العباد وأمكن تدارك الأمر فإن الحكم يبطل بنقضه، وإلا فإذا كان الحكم نهائياً وتنفذ فإن كان أساس الخطأ تدليس المدعى فيما أثبت به الدعوى كان الضمان فى مال المقضى له حتى لو كان الحكم بالقصاص فإنه تلزمه الدية ولا يقتصر منه؛ لأن صورة القضاء شبهة مانعة من القصاص، وإذا لم يكن منشأ الخطأ مائلاً وإنما كان من اجتهاد القاضي فلا شىء، ولم يبطل القضاء^(١).

(١) وقد نظم قانون المرافعات مسألة مخاصمة القاضي من صاحب الحق إذا ادعى عدم نزاهة القاضي فى حكمه وأباح له المخاصمة بدعوى قضائية لها نظمها الخاصة، فإذا صدقت دعواه بطل الحكم وقضى عليه بالتعويض، وإلا فإن دعوى المخاصمة ترفض ويقضى على مدعيها بغرامة، ويصح أن يحكم بتعويض أيضاً للقاضي (المادة ٧٩٧ مرافعات ومابعداها).

كما نص قانون استقلال القضاء ١٨٨ سنة ١٩٥٢ أيضاً على تأديب القضاء إدارياً إذا أخل أحدهم بما يفرضه عليه القانون من واجبات تتعلق بوظيفته (٥٥٢) ومابعداها. كما تضمن قانون العقوبات المصري مسئولية القاضي الجنائية بسبب وظيفته فى المادتين ١٢١ ، ١٢٢ .

المبحث الرابع

ما يجب أن يحكم به القاضي

يراد بالحكم^(١) هنا ما يصدر من القاضي دالا على إلزام المحكوم عليه بالحق للمحكوم له، والذي سنعرض له هنا ما يكون به هذا الإلزام، وهو ما يستمد منه القاضي حكمه مسجتها كان أو مقلداً للمذهب معين، أو كان مولى على أن يحكم بقانون خاص أو مذهب معين، ويجدر بنا هنا أن نشير إلى أن حكم القاضي كما يكون قولياً وهو الأصل كان يقول حكمت أو قضيت^(٢) يكون فعلياً أى حاصله بفعل القاضي كان يزوج القاضي صغيرة في دائرة اختصاصه ليس لها ولي، إذ أن من لا ولي لها فولياها القاضي فمباشرة عقد الزواج لجانبها قضاء منه بالزوجة وإلزام لها بها^(٣)، والحكم القولي هو الأصل كما قلنا وهو الذي يشترط فيه الدعوى والحجة وهو الذي ستتكم عنه في بحثنا.

وأما ما يجب أن يستمد القاضي منه أحكامه فهو في الفقه الإسلامي النصوص قطعية الدلالة والثبوت من الكتاب والسنة، وما صدر من أحكام مجمع

(١) الحكم في اللغة كما في القاموس القضاء وجمع علي أحكام، والحاكم منفذ الحكم وجمع على حكام.

(٢) ويرى بعض الفقهاء أن كل ما يفيد الحكم من الألفاظ كقوله حكمت أو قضيت أو ثبت عندي أو تحقق لدي أو علمت يعتبر قضاء ويلتزم به المحكوم عليه، ويقصره بعضهم على الألفاظ التي تفيد الحكم صراحة ككلمة حكمت أو ما يرادفها، والمختار والذي عليه العمل هو الأول، وراجع الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٣٢.

(٣) الأصل أن القاصر التي لا عاصب لها يستأذن القاضي في تزويجها، فإن زوجها هو تضمن ذلك الفعل أمرين : الإذن والحكم بالزوجة وهو المقصود هنا لأنه هو الذي ينطبق عليه معنى الحكم، أما الإذن نفسه فلا يعتبر حكماً كما أن الإيجاب أو القبول الذي يصدر من القاضي عند التزويج وإن كان قولاً من حيث إنه يتم به عقد الزواج إلا أنه إلزام بالزوجة نتج من فعل القاضي بما له من الولاية وهو حكم ضمني

عليها أو علمت من الدين بالضرورة^(١) إن وجد شيء من ذلك ويكون الحكم إذا قضى بخلاف ذلك باطلاً مستحقاً للنقض^(٢)، فإن لم يوجد بأن كان المعروض على القاضي دعوى لم يرد في شأنها شيء من ذلك، وهذا يتحقق بوجود نص ظني الثبوت والدلالة معاً، أو ظني الثبوت وحده أو الدلالة وحدها، أو لا نص أصلاً^(٣). وهنا ننظر في شخص القاضي الذي عرضت عليه الدعوى إذ الحكم يختلف باختلاف ما إذا كان مجتهداً أو مقلداً لم يقيدته ولي الأمر بمذهب أو قانون، أو قيده بشيء من ذلك.

ما يحكم به القاضي المجتهد :

إذا عرض للقاضي المجتهد أمر اجتهدى فإن استطاع الوصول باجتهاده إلى نتيجة دون عناء حكم بها، وإن خالف رأى غيره من المجتهدين، بل إنه لايجوز له أن يأخذ برأى غيره لأن الله طالبه بالقضاء بالحق، وفي عقيدته أن ما أدى إليه اجتهاده هو الحق وما وصل إليه غيره باجتهاده باطل، ولا يجوز له أن يحكم بالباطل حسب ظنه^(٤)، فإن كان غيره أفتقه منه وهو يعتقد ذلك فيه فآثر رأيه بناء على ذلك، فقليل جاز له أن يأخذ برأيه وهو رواية عن أبي حنيفة، وقيل يجب أن

(١) كمن ينكر كفر أبي جهل مثلاً ثم يقدم للقضاء لإنكاره أمراً معلوماً بالضرورة وهو تلقي الناس بعضهم عن بعض من رمن الرسول حتي الآن الحكم بكفر أبي جهل وعداوته للإسلام، فإن القاضي يجب أن يحكم برده لأنه أنكر أمراً معلوماً من الدين بالضرورة.

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٦٣ ، البدائع ج ٧ ص ٤ .

(٤) وما يروي مما جري بين أبي يوسف والخليفة الهادي وخلاصته أن الهادي كانت بينه وبين آخر خصومة أمام القاضي أبي يوسف في بستان بينهما، وبعد أن سمعت بيعة الهادي سأل أبا يوسف ما حكم القاضي في خصومتنا، فقال أبو يوسف : خصم أمير المؤمنين يسألني أن أحلفك أن شهودك شهدوا علي حق. قال الهادي : وتري ذلك؟ قال : قد كان ابن أبي ليلى يراه، فقال أردد البستان عليه - وهذه القصة إن صحت تدل بظاهرها علي أن القاضي المجتهد بجور له أن يأخذ باجتهاد غيره مخالفاً لاجتهاد نفسه، فإن هذا التصرف من أبي يوسف يحتمل أن يكون من باب التقية وأنه لا يتفق مع ابن أبي ليلى في الواقع، ويحتمل أنه لم يطمئن إلي شهادة الشهود ووقع في نفسه شيء منها ولم ير مواجهة الخليفة بذلك.

يتقيد بما وصل إليه اجتهاده هو رغم ذلك، وهو المنقول عن الصحابين ورواية أخرى عن الإمام^(١) وهذا يرجع إلى أن كون أحد المجتهدين أفقه من غيره يصلح مرجحاً لأحد الآراء الاجتهادية عن غيرها. كما يرى الإمام أبو حنيفة في الرواية الأولى، وبناء على ذلك يسع المجتهد الأخذ برأى من هو أفقه منه^(٢)، وعند الصحابين والرواية الأخرى عن الإمام أنه لا يصلح مرجحاً لأحد الرايين على الآخر، وبناء على ذلك لا يسع المجتهد الحكم برأى من هو أفقه منه وهذا ما ذكره ابن عابدين قولاً واحداً^(٣)، ولم يفرق فيه بين المجتهد والمقلد، ثم نقل الخلاف الذي أوردناه بالنسبة للمجتهد عن صاحب البدائع.

وبناء على ما ذهب إليه الإمام فإنه لا يجوز مخالفة قول الصحابي، ويجب على القاضي المجتهد أن يقدمه عند الاستنباط على القياس؛ لأن قوله أقرب إلى إصابة الحق من القول المستنبط من القياس^(٤)، ويقول صاحب التبصرة^(٥) بوجوب النظر في أقوال الصحابة والقضاء بما اتفقوا عليه، وإن اختلفوا نظر إلى أحسن أقوالهم عنده، وإن رأى خلاف رأيه قضى بما رأى إذا كان نظيراً لهم، ثم رجح أن له أن يقضى بما رأى وإن كانوا أعلم منه لأن التقليد لا يصح للمجتهد بالإجماع فيما تبين له حكمه. وبذا يكون ابن فرحون بما رجح مؤيداً لرأى الصحابين، أما إذا لم يستطع الوصول باجتهاده إلى رأى في الحادثة دون عناء فإنه يجب عليه أن يترث

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٠ - ٤٩١، البدائع ج ٧ ص ٤.

(٢) يحتج الإمام لمذهبه بأن اعتقاد الشخص أفقية غيره من جنس الدليل لأن ذلك الاعتقاد لا يكون إلا بعد النظر والبحث، فهو قد وصل إلي أفقية غيره بالاجتهاد - ويحتج الصحابان بأن تفضيله لغيره عنه في الفقه ليس من جنس الدليل فلا يقع به الترجيح لجواز كون الأفقية في الجملة وهي لا تقتضي الأفقية في هذه الجزئية.

(٣) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٦٨.

(٤) البدائع ج ٤ ص ٣٦٨.

(٥) ج ١ ص ٤٤.

ويعاود النظر ويعمل الرأى فيؤجل الفصل حتى ينتهى إلى رأى تطمئن إليه نفسه ولا يقضى مجازفاً وإلا بطل قضاؤه فيما بينه وبين الله، وإن كانت للحكم قوته بين المتقاضين.

وينبغى أن يستشير أهل الفقه فى ذلك؛ كما عرف عن فقهاء الصحابة واشتهر عن أئمتهم، فإن اختلفوا فى حكم الحادثة رجع هو ما تطمئن إليه نفسه وقضى به؛ وعلى هذا فإنه إذا انتهى إلى رأى فى أثناء بحثه ومشاورته للفقهاء؛ وكان ذلك الرأى مخالفاً لرأيهم جميعاً فإنه يلزمه أن يقضى بما يراه هو، بل قال الفقهاء^(١) إنه يحرم عليه أن يأخذ برأى غيره، والمجتهد غير ملزم باتباع ما قضى به فى حادثة مماثلة سابقة، وله أن يتحول إلى ما اطمأنت إليه نفسه بعد ذلك كما وقع لعمر وقال : تلك على ما قضينا وهذه على ما نقضى، وقد سبق بيانه.

ما يحكم به القاضى المتبع ،

قدمنا أنه يجوز تولية المقلد القضاء وإن كان المجتهد أولى منه، وعلى هذا لو ولى المقلد لمذهب إمام القضاء فإنه يحكم طبقاً للمذهب إمامه متبعاً لأرجح الأقوال إن كان له إمام بها؛ إذ المتبع متى خالف معتمد مذهبه لا ينفذ حكمه وينقض.

وفى البحر من كتاب القضاء «إن ما خرج عن ظاهر الرواية فهو مرجوع عنه والمرجوع عنه لم يبق قولاً لمجتهد، وفى حاشية الخير الرملى : وحيثما وقع خلاف وترجيح لكل من القولين فالواجب الرجوع إلى ظاهر الرواية - لما صرحوا به من أن ما خرج عن ظاهر الرواية فهو مرجوع عنه^(٢) وإلا عمل بفتوى أهل الفقه فى بلده من أهل مذهبه ولو لم يكن إلا واحداً»^(٣)

(١) البدائع ج ٧ ص ٥ . وفيما يبدو لى أن احتمال عدم وصول القاضى المجتهد إلى الحكم بسهولة ويسر فى بعض ما يعرض له ويفاجأ به هو الذى دعا إلى القول بأفضلية حضور بعض الفقهاء فى مجالس القضاء واستشارتهم، وفى ذلك أيضاً مراعاة لعدم تعطيل مصالح المتقاضين بتأخير الفصل فى قضاياهم.

(٢) رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ٧٦، ٧٧، ٩٥ .

(٣) البدائع ج ٧ ص ٥، ويقول ابن فرحون المالكى فى التبصرة ج ٢ ص ٤٤ : «إن القاضى إذا لم يكن من أهل الاجتهاد ففرضه المشورة والتقليد فإن اختلف عليه العلماء قضى بقول أعلمهم =

وواضح أن هذا خاص بحالة تعذر الرجوع إلى كتب الفقه، والمقدرة على تفهم مافيها والاختلاف منها وإلا فإنه لابد من الرجوع إليها والوقوف على مافيها، واعتبروا أن قضاء القاضى بمذهبه مجتهداً أو متبعاً لغيره شرط فى صحة القضاء؛ وإلا لم يكن قضاء بالحق على مايننا.

كما قالوا إن القضاء بالقول الضعيف من المذهب ممنوع، ونقل ابن عابدين^(١) عن الشافعية منع العمل بالقول المرجوح فى القضاء والإفتاء دون العمل لنفسه، وقال إن مذهب الحنفية المنع عن المرجوح فى القضاء والإفتاء والعمل لنفسه أيضاً؛ لأن المرجوح نسخ بالراجح، وقيل إن الاختلاف بالقول المرجوح ممنوع بالنسبة للعامة الذى لا رأى له، وقد علمت أن الأحناف أجازوا تقليده القضاء، وأما من له رأى يعرف به معانى النصوص فإن له أن يتصرف ويأخذ بالضعيف أحياناً إذا كان له وجهة نظر فى الاختلاف به لأنه يكون نوع اجتهاد.

ويقول ابن الحاجب^(٢) من المالكية «إن المقلد يلزمه المصير إلى قول مقلده، وقيل لا يلزمه، وقيل لايجوز إلا باجتهاده، والأول الصحيح».

قضاء المقلد بخير مذهبه :

ويرى الفقهاء أن القاضى المقلد لايجوز له أن يقضى بغير مذهبه، ولو قضى

= وقيل بقول أكثرهم والأول أصح، وقيل: له أن يحكم بقول من شاء إذا تحرى الصواب ولم يقصد الهوى وله أن يكتفى بمشورة واحد من العلماء ولو كان دون غيره مادام من أهل النظر والاجتهاد، وهو لا يختلف كثيراً عما نقلناه عن صاحب البدائع الحنفى.

(١) فى حاشيته ج ١ ص ٥٥. ورسائل ابن عابدين ج ٢ ص ٧٥ وقال إن الأحناف يمنعون الاختلاف بالقول الضعيف مطلقاً سواء أكان له رأى يعرف به معنى النصوص أو لم يكن له رأى وهذا على أساس ماقدمناه من جواز تولية القضاء لغير المجتهدين ولو جاهلاً.

(٢) التبصرة لابن فرحون ج ١ ص ٤٥ ويقول ابن الحاجب فى القول الثانى إن المراد إذا كان المقلد له فقه وقدرة على الترجيح وإلا فيلزمه المصير إلى المشهور، وأما القول الثالث، فقال ابن عبد السلام: معناه أنه لايجوز تولية المقلد، وهذا بناء على أن رتبة الاجتهاد مقدور على تحصيلها. هذا وقد سبق بيان ذلك.

به لا ينفذ عاماً كان أو ناسياً وينقض ؛ لأن هذا يأخذ حكم المجتهد الذي يأخذ باجتهاد غيره مخالفاً اجتهاده لأنه قضى بما هو باطل في رأيه^(١) فقضاء المقلد بغير مذهبه قضاء بغير ما يراه^(٢) ، وفي البحر كما نقله ابن عابدين^(٣) «لو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لمذهبه ناسياً نفذ عنده، وفي العامد روايتان، وعندهما لا ينفذ في الوجهين، ورجح صاحب الفتح الفتوى بقولهما الآن لأن التارك لمذهبه عمداً لا يفعل إلا لهوى باطل، وأما الناسي فإن الحاكم ماواه القضاء إلا وقد راعى عند تعيينه مذهبه الذي يحسن القضاء به.

ومراد الفقهاء بتقييد القاضي بالحكم بمقتضى مذهبه أن يحكم بأصل المذهب، وإن كان الحكم بغير قول الإمام نفسه كأبي يوسف ومحمد في المذهب الخفي مثلاً.

هذا ويقول الماوردي^(٤) : «لا يلزم القاضي أن يقلد في النوازل والأحكام من اعتزى - انتسب - إلى مذهبه، فإن كان شافعياً لم يلزمه المصير في أحكامه إلى أقاويل الشافعية حتى يؤديه اجتهاده إليها فإن أداه اجتهاده إلى الأخذ بقول أبي حنيفة عمل به، وقد منع بعض الفقهاء ذلك لما يتوجه إليه من التهمة. ثم قال: وهو ما تقتضيه السياسة إلا أن أحكام الشرع لا توجهه لأن التقليد فيها محظور والاجتهاد فيها مستحب».

وما قاله الماوردي يتفق مع ما يذهب إليه الشافعية وهو منهم، من أن القاضي لا بد أن يبلغ رتبة النظر والترجيح وأن يكون له نوع اجتهاد، وما قاله الأحناف فهو موافق لمذهبهم من جوار تقليد القضاء للمقلد ولو كان جاهلاً.

(١) البدائع ج ٧ ص ٥، حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٦٨.

(٢) ويقول ابن عابدين ج ٤ ص ٣٦٨ «يشترط لصحة القضاء أن يكون موافقاً لرأيه أي لمذهبه مجتهداً كان أو مقلداً، فلو قضى بخلافه لا ينفذ».

(٣) في حاشيته ج ٣ ص ٤٩٦، ورسائل ابن عابدين ج ٢ ص ٧٥. وفي حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٣٦٩ «أن صاحب النهر نمي علي صاحب البحر ما ادعاه من أن المقلد إذا قضى بمذهب غيره أو برواية ضعيفة أو بقول ضعيف نفذ»

(٤) الأحكام السلطانية ص ٦٤.

تقاليد القاضى على أن يحكم بمذهب أو رأي معين :

إذا قيد الحاكم القاضى أن يقضى بخلاف مذهبه أو بالضعيف من مذهبه فهذا التقييد باطل ولم تنف على خلاف فى هذا بين المتقدمين من فقهاء المذاهب، والدليل على ذلك أن القاضى مأمور أن يحكم بالحق والحق ما يعتقده صحيحاً سواء كان الاعتقاد عن طريق بذل الجهد والنظر أم عن طريق الاقتناع برأى إمام والعلم بمذهبه.

وهذا يتفق مع قولهم إن من شرط صحة القضاء أن يحكم القاضى برأيه من غير تفرقة بين ما إذا قيده السلطان، أو لم يقيده، ولا بين ما إذا كان القاضى مجتهداً أو مقلداً؛ لأن المقلد رأيه هو رأى إمامه الذى هو مذهبه، وفى رسائل ابن عابدين^(١) عن أنفع الوسائل: أن القاضى المقلد لا يجوز له أن يحكم إلا بما هو ظاهر فى المذهب إلا أن ينص الفقهاء على أن الفتوى على غير ذلك، وفى حاشية ابن عابدين على الدر^(٢): «ولو قيده بضعيف المذهب فلا خلاف بعدم صحة حكمه».

وهذان الثقلان يشعران بأنه إذا قيده بغير مذهبه لا يتقيد به بطريق الأولي، كما يشعران بأن هذا التقييد لا يتجه إلى المجتهد أيضاً بطريق الأولي.

كما أن ابن قدامة الحنبلى يقول^(٣): «إنه لا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه عند أحمد والشافعى، ولا أعلم فيه خلافاً لأن الحق لا يتعين فى مذهب، وهذا يشعر أيضاً بالإطلاق بالنسبة للقاضى مجتهداً كان أو مقلداً، هذا الإطلاق المستفاد من كلمة «أن يقلد القضاء لواحد».

وقد فصل الماوردي^(٤) الكلام فى هذا التقييد وقال: إنه إما أن يكون بالنسبة لجميع الأحكام أو لبعضها، وقد نقل مثله ابن فرحون^(٥) عن بعض فقهاء المالكية

(١) ج ٢ ص ٧٥.

(٢) ج ٤ ص ٣٦٩.

(٣) فى المغنى ج ٩ ص ١٠٦.

(٤) الأحكام السلطانية ص ٦٤.

(٥) فى التبصرة ج ١ ص ١٧/١٦.

وهذا التفصيل لانرى فيه فرقا أكثر من أن ذلك الشرط إذا كان يقصد به عدم سماع القاضى بعض الدعاوى فإنه يتقيد به، وهذا غير مانتكلم عنه من تقييد ولى الأمر للقاضى أن يقضى بمذهب أو رأي، وما يؤيد وجهتنا فى عدم أثر هذه التفرقة، ماعلق به ابن فرحون^(١) على ما نقله إذ يقول : «إن جميع تلك التقييدات لايجوز للإمام اشتراطها لأنه اشتراط مالا يجوز، ومن كان لا يقضى إلا بما أمره به من ولاء فليس بقاض على الحقيقة».

ولما قيد القانون فى مصر من زمن بعيد القضاء فى المحاكم الشرعية بالمذهب الحنفى فيما لم يرد به قانون خاص فقد استلزم ذلك أن يكون القضاء فيها مقصورا على من كان حنفى المذهب حتى لايحكم القاضى بخلاف مذهبه بأمر من السلطان^(٢)، وبعد أن اتفق الفقهاء على بطلان تقييد السلطان للقاضى على أن يقضى بمذهب معين فقد تناولوا عقد التولية نفسه مع هذا القيد بما خلاصته أنه إذا كان تم العقد على اشتراطه سواء أكان فى صيغة العقد أو متقدما عليه فإن عقد التولية باطل عند غير الأحناف صحيح عندهم، وإذا كان غير مشروط فى صيغة العقد فعقد التولية صحيح إجماعا^(٣).

(١) المرجع السابق، أما ادعاء الأستاذ الغزى فى شرحه للمادة (١٨٠١) من مجلة الأحكام خطأ ما اشتهر عند فريق من العلماء من أنه لايجوز للمقلد العمل بغير مذهبه . . محتجا بأن الحكم برجحان أحد المذاهب إنما يتمكن منه من وقف على الدليل والمقلد لا دليل عنده. فهذا لايرد به عليهم لأنهم يحظرون عليه العمل بمذهب الغير مادام مقلداً، أي لايعرف. الدليل، فإذا عرف الدليل كما يقول هو فقد خرج عن دائرة الحظر والمنع ولم ينطبق على ماقلوه، وقد سبق أن سمينا هذا النوع بالاتباع وهو مرتبة فوق مرتبة التقليد.

(٢) هذا وقد أشرنا قبل إلى أنه قد صدر حكم من مجلس الدولة بتعيين أحد الشافعية قاضياً بالمحاكم الشرعية. ولم نقف للحكم على وجهه نظر من الناحية الشرعية

(٣) انظر المغني ج ٩ ص ٩، ١، الماوردي ص ٦٤، التبصرة ج ١ ص ١٦



مانراه من ضرورة وضع مواد واضحة يحتكم إليها الناس :

ما تقدم هو ما وقفنا عليه من آراء الفقهاء في تقييد القاضى بمذهب أو عدم تقييده، وتقييد ولى الأمر له بمذهب معين أو رأى فيه أو عدم تقييده بشىء من ذلك، والذي نراه أن منشأ ذلك إنما كان راجعاً فى عصورهم لشيء من الاضطراب فى التطبيق القضائى لعدم معرفة الحكم الواجب التطبيق مع تعدد الأحكام فى المسألة الواحدة نتيجة اختلاف آراء المجتهدين، وذلك جدير أن يبلبل أفكار الناس، والأيسر بهم فى جادة مستقيمة، ومشروع واضح للجميع، ولقد كان من آثار ذلك الاضطراب فى الماضى واختلاف القضاة المجتهدين فى أحكام المسألة الواحدة فى البلد الواحد أن يضل الناس فى شئون حياتهم رغم تحريهم الهداية والرشاد، ولكن عدم معرفة الحكم الواجب التطبيق بينهم على سبيل التعيين فى المسائل الاجتهادية جعلهم قاطبة عرضة للخطأ فى نظر القضاء .

ولعل هذا هو السر فى أن كثيراً من الأصوليين والعلماء أقفلوا باب الاجتهاد سداً للذريعة الفوضى والاضطراب والحكم بالهوى المقنع بالاجتهاد ووجهة النظر، وكانوا محقين إذ ذاك حتى يغلق باب هذه الشرور ويكون القاضى فى أحكامه ملزماً بأحكام مذهبه فلا يحيد عنه، وملزماً للناس بها حتى يعرفوها ويقدر كل إنسان فى تصرفاته حكم تصرفه أمام القضاء بحيث يستطيع أن يفهم إن كان فى تصرفه خروج على حكم القضاء أم لا .

وقد ترتب على هذا بحث الفقهاء فى تقييد القاضى بمذهب معين بل بالرأى الراجع من المذهب، كما بحثوا أمر تقييد السلطان لقضائه بالمذهب الذى ينبغى أن يستمد القاضى منه أحكامه .

وقد كان هذا الاتجاه نواة أساساً للتفكير فى وضع الأحكام الشرعية فى مواد قانونية محددة واضحة ما أمكن لا يلتبس الناس غالباً فى شىء من أمرها وقد قلنا أن ابن المقفع فى القرن الثانى الهجرى طلب من الخليفة المنصور أن يجمع

الناس على رأى واحد ثم تطورت الفكرة حتى قننت كثير من الأحكام الشرعية بواسطة كبار رجال الفقه الإسلامى ممن هم أهل للاجتهاد على ما بيناه فى المبحث الخاص بمحاولة تقنين الفقه الإسلامى .

أما القضاة فوظيفتهم هى تطبيق الأحكام الشرعية وتنفيذها بسلطان القضاء ، ولا شك فى أن الأحكام الواجبة التطبيق إذا كانت محددة معينة معروفة للقاضى وللمتقاضى كان ذلك أدعى إلى تحقيق العدالة والتيسير على الناس ، أو أكفل لتحقيق المساواة بينهم وطمأنة نفوسهم بالنسبة للقضاة ، فلم يكن بد من وضع الأحكام الشرعية القضائية فى صيغ قانونية تتولاها طائفة من فقهاء الأمة من أهل الرأى والاجتهاد ، وقد بينا عند الكلام عن الاجتهاد أن العصر لا يخلو منهم ، ثم تصبح قانوناً واجب الاتباع والتنفيذ ، ولا ضير فى ذلك مادامت هذه الأحكام مستمدة من الفقه الإسلامى بمختلف مذاهبه وآرائه ، ومسايرة لمصالح الناس ، ولا ضير فى أن تعتبر هذه القوانين كالنصوص القطعية من ناحية عدم مخالفة القاضى لها وإلزامه باتباعها . فليس هناك مجال إذاً لاجتهاد القاضى معها إلا فى حدود ضيقة وهى عند وجود إيهام فى انطباقها على بعض النوازل والاحداث ، ومع هذا فإن العدل إذا كان مصدره هو النصوص التشريعية وما أجمع عليه من أحكام فإن القاضى باجتهاده عند التطبيق فيما يحتاج إلى اجتهاد يعتبر أيضاً مصدرأ من مصادر العدالة .

ما يحكم بها القاضى طبقاً للقانون الوضعى :

القانون المدنى المصرى رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ نصت مادته الأولى على الآتى :

١- تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها .



٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

ونصت المادة الثانية على أنه «لايجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع».

فالمرجع المصري لم يحصر القانون في مصدر وحيد هو التشريع، وإنما أحال القاضي عند انعدام النص التشريعي والعرف ومبادئ الشريعة الإسلامية^(١) في الموضوع المطروح أمامه، إلى مبادئ القانون الطبيعي باعتبارها الموجهات العامة للعدل، وإلى قواعد العدالة التي تتحقق بالاعتداد بالظروف والملايسات الخاصة بالقضايا المطروحة أمامه، فالمصدر الرسمي للقانون هو التشريع والعرف والدين.

والشريعة الإسلامية وإن كانت بمفردها هي المصدر الرسمي للميراث والوصية والوقف وكذا بالنسبة لما يعرض على دوائر الأحوال الشخصية للمسلمين فيما يتعلق بمسائل النكاح والفرقة وما يتبع ذلك؛ فإنها فوق ما ذكر أصبحت من المصادر الرسمية بالنسبة لغير هذه الأمور.

وعلى هذا فالشريعة الإسلامية وإن كانت هي المصدر الأصلي الرسمي لمسائل الأحوال الشخصية وما يلحق بها، فإنها جعلت مصدراً احتياطياً في غير ذلك من المسائل، ويرجع إليها القاضي لاستنباط أحكامه في هذه الأمور ويكمل بها ما يقوم بالمصدر الأصلي الرسمي وهو التشريع، وما يقوم بالمصدر الاحتياطي الأول وهو العرف من نقص أو قصور.

(١) وقد كان مشروع القانون ينص على الآتي : «... بمقتضى الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون تقييد بمذهب معين» وتعديل النص المذكور لأن الملاءمة لا قيمة لها إذ التعارض لا يمكن حذوئه لأنه لا يرجع إلى الشريعة إلا عند انعدام النص القانوني وبالنسبة للأخذ منها دون التقييد بمذهب حذفت كي لا يكون هناك تضارب في الأحكام لكثرة الآراء في المذاهب الإسلامية، وإفادة أن المقصود هو الرجوع إلى المبادئ الكلية للشريعة الإسلامية دون حلولها التفصيلية.

حكم القاضي لا يحل حراماً :

إذا اختصم الخصمان إلى القاضي، وحكم لأحدهما بناء على ما قدمه من أدلة اقتنع بظاهرها فهل يحل للمقضى له ديانة الحق الذي حكم به القاضي وإن كان لا يستحقه بينه وبين الله؟

نقل الشوكاني^(١) أن الجمهور ومعهم أبو يوسف من الأحناف يرون أن الحكم ينفذ مطلقاً ظاهراً لا باطناً فلا يحل للمحكوم له أن يتناول شيئاً مما حكم به القاضي له سواء أكان ذلك في الأموال أو في العقود أو في الفسوخ أو الأملاك، وأن قلة من الفقهاء يفرقون بين ما إذا كان الحكم في مال أو كان في غيره، فإن كان في مال نفذ ظاهراً لا باطناً فلا يحل للمحكوم له تناوله، ويحل للمحكوم عليه ذلك في الخفاء بينه وبين الله حتى لا يفسق بين الناس ولا يكون فتنة، وإن كان في غير الأموال كالنكاح والطلاق نفذ ظاهراً أيضاً فلا يحل للمحكوم عليه بالطلاق مثلاً وطء المحكوم بطلاقها منه حتى ولا في الخفاء، ولا يحل للمحكوم عليها بالنكاح أن تمكن زوجها منها وإن لم يكن هناك عقد في الأصل بينهما.

وفي كتب الأحناف^(٢) التفرقة بين ما إذا كان المحكوم فيه من العقود ومنها النكاح والبيع والإجارة ونحوها، أو الفسوخ ومنها الإقالة والطلاق ونحوهما، أو كان من الأملاك، أو الديون التي لها أسباب يمكن إنشاؤها، وبين ما إذا كان من الأملاك أو الديون التي لم يذكر لها سبب أو كان سببها الإرث، فإن كان من القسم الأول نفذ قضاء القاضي ظاهراً وباطناً عند أبي حنيفة، ونفذ ظاهراً فقط عند الصاحبين ورُفِرَ وعليه الفتوى، ودليل ذلك أن شهادة الزور ونحوها من الأدلة الكاذبة حجة ظاهراً فقط، وأن القضاء يتقدر بحسبه، وإن كان من القسم الثاني فإنه ينفذ ظاهراً فقط باتفاق الإمام وأصحابه.

(١) نيل الأوطار ج ٨ ص ٢٨٠ ومثله في المغني لابن قدامة ج ٩ ص ٥٨ - ٥٩

(٢) البدائع ج ٧ ص ١٤، وغيره من كتب الفقه الحنفي.

أحكام القضاء بالنسبة للذميين^(١) :

الذميون هم غير المسلمين الذين يتمتعون برعوية دار الإسلام . فهم جزء من الوطن الإسلامي ، لهم ما للمسلمين ، وعليهم ما عليهم ، غير أن للفقهاء كلاماً في مدى خضوعهم لولاية القضاء في دار الإسلام ، والقانون الواجب التطبيق بالنسبة لهم .

فالحنابلة والمالكية لا يجبرونهم على الاحتكام إلى قضائنا وقانوننا ، ويجيزون لهم أن يولوا واحداً عليهم لينظر في أمورهم ويفصل بينهم إذا تنازعوا ، ويكون له صفة الرياسة عليهم ، أما إذا احتكموا إلى قضائنا حق للقاضي أن ينظر قضاياهم لقوله تعالى : ﴿... فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم﴾ . إلا إذا كان أحد الخصوم مسلماً فإنه يجب عليه نظر الخصومة دون تردد .

ويرى الشافعية والظاهرية أنه يجب على القاضي أن ينظر في قضاياهم التي تعرض عليه جميعها سواء اختلفت ملة الخصوم ومذاهبهم أم اتحدت على مذهب واحد ، وسواء أكانت في مسائل المعاملات أو الأنكحة أو غيرها لافرق . لقوله تعالى ﴿وأن أحكم بينهم بما أنزل الله﴾ وقالوا إن الآية السابقة خاصة بالمستأمنين^(٢) .

أما الأحناف : فإنهم لم يفرقوا بين المسلمين وغيرهم من ناحية الخضوع إلى ولاية القضاء العامة إلا بالنسبة لمسائل الأنكحة وما يتعلق بها ، فإن الإمام اشترط لنظرها اتفاق طرفي الخصومة على عرضها على قضائنا لأنهم أقروا على أنكحتهم ولا يجوز التعرض لهم بشأنها ، ولا يكفي لصحة نظر هذه الدعاوى منهم تقديم المدعى بها إذ لابد من قبول الآخر ، وإلا نكون قد تعرضنا له في أمر دينه بما لا يرغب . واكتفى الصاحبان لصحة نظرها بمجرد احتكام أحدهما إلينا .

(١) راجع في الموضوع جميعه تفسير الفخر الرازي ج ١١ ، ص ٢٣٥ ، القرطبي ج ٦ ص ١٨٤ ، المغني ج ٨ ص ٥٣٥ .

(٢) أهل دار الحرب الذين دخلوا في دار الإسلام بعقد أمان مؤقت - فتح القدير ج ٢ ص ٥٠٤ ، البدائع ج ٢ ص ٣١٢ .

وأياً ما كان فإن قضاياهم وخصوماتهم كلها أو المتعلقة بمسائل الأنكحة على التفصيل المذكور إذا لم ترفع إلينا، فإنها تعرض على من ينصب منهم للنظر فيها^(١).

القانون الواجب التطبيق ،

والقانون الواجب التطبيق، واستمداد الأحكام منه، هو الحكم الإسلامى سواء أكانت الخصومة بين مسلمين أو بين ذميين لقوله تعالى ﴿ . . فاحكم بينهم بما أنزل الله ﴾ وقوله ﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك ﴾ . فلا يطبق قانون على الذميين غير الذى يجب أن يطبق على المسلمين دون استثناء بعض القضايا عند الظاهرية ومن وافقهم، ومع استثناء بعض الأمور عند غيرهم وفى مقدمتهم الأحناف كقضايا الأنكحة، وتصرفاتهم التى تمت بالقبض قبل الترافع إلينا بالنسبة إلى الخمر والخنزير .

على أن هذه الأمور المستثناة التى لا يلتزم فيها الذميون بحكم الإسلام، ويقررون فيها على أحكامهم التى يعتقدونها، مرد الاحتكام إليها فى الواقع إلى الشريعة الإسلامية ودلائلها، ومع هذا فإن ارتضوا الخضوع فيها إلى قضائنا وجب أن يطبق عليهم حكم الإسلام فيها، دون نظر إلى حكم ما هم عليه من قبل الترافع إلينا، فإذا كانت الدعوى متفرعة على عقد الزواج كنفقة الزوجية مثلاً فإنه لا يصح للقاضى أن ينظر فى صحة عقد الزواج نفسه طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وكذا لو كان المهر خمراً أو خنزيراً ثم قبضه وكان النزاع يتعلق به فإنه لا يصح له أن يبطله .

(١) وتكون له عند الأحناف الصفة القضائية وأحكامه ملزمة واجبة التنفيذ إذ القضاء يتخصص بنوع من القضايا والأفراد، وأما غيرهم فقالوا إنه ليس له الصفة القضائية إنما هو مجرد تقليد رئاسة وزعامة، وأحكامه تلزمهم لالتزامهم بها لا للزومها عليهم، ثم اختلفوا بعد ذلك: هل لابد من أن يكون من نصب لهذا من نذ . ديانة المتخاصمين، فقليل بذلك . وقيل إن غير الإسلام كله ملة واحدة .

وبالجملة فإن القانون الواجب التطبيق دائماً بالنسبة لجميع من يحتكمون إلينا هو الحكم الإسلامي، وقد لاحظت أحكام الشرع الإسلامي العنصر الديني في قضايا غير المسلمين التي تتأثر به دون أن تستمد أحكامها من شريعة أو قانون آخر، وما ذلك إلا لأنها شريعة عامة تخاطب الناس جميعاً فلا يزاحمها قانون آخر في دارها.

وقد كان العمل كما أشرنا قبل على أن غير المسلمين لهم محاكم خاصة -المحاكم المالية - تنظر قضاياهم المتعلقة بالأحوال الشخصية عند اتحادهم في الملة والمذهب، وإلا فقد كانت من اختصاص المحاكم الشرعية التي تنظرها وتقضى فيها طبقاً لأحكام الفقه الإسلامي.

وقد ألغيت هذه المحاكم وأصبحت جميع القضايا تنظر أمام المحاكم العادية، وقوانينها تطبق على الجميع دون تفرقة بين المسلمين وغيرهم، ومن هذه القوانين ما يتعلق بالميراث والوصية والوقف والولاية على المال، أما مسائل الأنكحة وما يتفرع عليها فإنها تخضع إلى الفقه الإسلامي طبقاً للمادة (٢٨٠) من القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ كما أشار إلى ذلك القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الخاص بإلغاء المحاكم الشرعية والمالية بالنسبة للمسلمين، وكذا بالنسبة لغيرهم إذا اختلفوا في الملة أو المذهب أو اتحدوا ولم تكن لهم محاكم مالية عند صدور قانون إلغائها.

أما إذا اتحدت الملة والمذهب، وكانت لهم محاكم مالية وقت صدور القانون بالإلغاء فإن القانون الواجب التطبيق هو أحكام شريعة المتخاصمين في نطاق النظام العام. ومع هذا فإذا اعتنق أحد المتخاصمين الإسلام أثناء نظر الدعوى وجب أن تطبق أحكام الشريعة الإسلامية. أما إذا غير أحدهم مذهبه أثناء نظر الدعوى بأن كان كاثوليكياً فأصبح بروتستانتياً أو أرثوذكسياً، أو غير ملته بأن كان إسرائيلياً فأصبح مسيحياً أو العكس. فإن هذا لا يؤثر على سير الخصومة ولا على القانون الواجب التطبيق.

نقض الأحكام ،

سبق أن أشرنا عند الكلام عن نظام التقاضى في الإسلام إلى نقض الحكم بطريق الطعن في الأحكام ، ولتين هنا أسباب النقض نقول : إن قضايا القضاة علي ثلاثة أقسام^(١) :

الأول : أن يكون الحكم مخالفاً لنص أو إجماع . فلكل قاض يرفع إليه هذا الحكم من الخصم أن ينقضه لبطلانه ؛ وذلك مثل الحكم بتحليل المطلقة ثلاثاً بمجرد عقد المحلل بلا دخول عملاً بقول سعيد بن المسيب ، ومثل الحكم بصحة نكاح المتعة ، ومخالفة الأول للحديث المشهور «... حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك» . ومخالفة الثاني لإجماع الصحابة علي فساده .

الثاني : إذا كانت صلاحية القاضي للحكم في الدعوي محل خلاف كأن يكون أحد طرفي الدعوي أباه أو ابنه أو زوجته ممن كانت قرابته له أكيدة ويحكم لصالح ذلك القريب ، وأن يكون بينه وبين أحد طرفي الدعوي خصومة أو عداوة ويحكم عليه ، فإن وقع قضاء في مثل هذا فإنه ينقض^(٢) ولا ينفذ ، ويجب عرضه علي قاض آخر فإن أمضاه أو نقضه كان حكمه غير قابل للنقض .

الثالث : حكمه فيما لم يرد فيه نص ولا إجماع ، وكان مما يجري فيه الاجتهاد فإنه ينفذ وليس لأحد نقضه ، وفي هذا ينقل الأمدى^(٣) : «اتفاق الفقهاء علي أن حكم الحاكم لايجوز نقضه في المسائل الاجتهادية لمصلحة الحكم» فإنه لو جار نقض حكمه بتغيير اجتهاده أو بحكم آخر لا يمكن تكرار هذا مما يؤدي إلي اضطراب الاحكام وعدم الوثوق بحكم الحاكم وهو خلاف المصلحة .

(١) ابن عابدين ج ٣ ص ٤٩٤ - ٥٩٥ والمغني ج ٩ ص ٥٦ .

(٢) وفي حاشية الدسوقي ج ٤ ص ١٥٢ تفصيل إذ أن الحكم الصادر علي عدوه ينقض بلا خلاف عندهم ، وأما الحكم لايه ومن في حكمه فقليل ينقض مثل الآخر ، وقيل لاينقض ، واستظهره ابن فرحون في التبصرة ج ١ ص ٦٥ وقيل ينقضه هو دون غيره .

(٣) في الاحكام ج ٤ ص ٢٧٣ .

ولمّا يمكن نقضه إذا خالف دليلاً قطعياً من نص أو إجماع أو قياس جلي^(١) أما لو خالف دليلاً ظنياً من نص وغيره فلا ينقض ما حكم به بالظن لتساويهما فى الرتبة، واتفقوا على نقض حكم المجتهد الذى خالف اجتهاده وقضى باجتهاد غيره، أما المقلد إذا حكم بغير مذهب إمامه فنقض حكمه فإن الحكم يرجع إلى القول بجواز حكمه بغير مذهبه أو عدم جوازه. وقد سبق.

ويروى لنا ابن قدامة^(٢) أن الحكم إذا خالف نصاً من الكتاب أو السنة أو الإجماع نقض الحكم عند أحمد والشافعي، غير أنه زاد أيضاً مخالفته للنص الجلي. وعللوا لذلك بأنه قضاء لم يصادف شرطه فوجب نقضه، وعن مالك^(٣) وأبى حنيفة أن الحكم لا ينقض إلا إذا خالف الإجماع لأن النصوص التى دلالتها ظنية يجرى فيها الاجتهاد فلا ينقض حكمه كما لا نص فيه. وقال أبو ثور وداود ينقض كل حكم ظهر خطؤه لأن الخطأ يجب الرجوع عنه. وقد قال عمر «لا يمنعك قضاء قضيت به بالأمس أن تراجع فيه الحق» وحكى عن مالك أنه وافقهما فى جواز نقض كل حكم خاطئ على أن يكون النقض ممن أصدره.

وبينما يروى لنا ابن قدامة ذلك إذ بنا نجد فى الفقه المالكي^(٤) يُنظر لنقض الحكم إلى القاضى الذى أصدره، فإن كان قد عرف بالاجتهاد والعدالة وعدم الجور فإنه لا ينظر فى أحكامه، ولا ينقض منها إذا تبعت إلا إذا كان الحكم جائراً^(٥) وإن كان مستقيماً فى ظاهر الحال، إذ الحكم لا يرفع الخلاف ما لم تثبت صحة باطنه، وإن كان غير ذلك ولم يشاور العلماء فى حكمه نقض ولو وافق الحق فى الظاهر

(١) القياس الجلي ما كانت العلة فيه منصوصة، أو كان قد قطع فيه بنفي الفارق بين الأصل والفرع. المصدر السابق.

(٢) المغني ج ٩ ص ٥٦ / ٥٧ وراجع التبصرة ج ١ ص ٥٥.

(٣) وفي التبصرة ج ١ ص ٥٥ «ينقض إذا خالف الإجماع أو القواعد أو النص الجلي أو القياس».

(٤) الدسوقي والدردير علي خليل ج ٤ ص ١٥٢.

(٥) الحكم الجائر هو الذي يميل به الحاكم عن الحق عمداً أو يحكم بمجرد الشهادة من غير نظر إلى تعديل أو تهريج - المصدر السابق.

ولم تعلم صحة باطنه وإلا فلان ثبتت بالبيئة صحة باطنه لا ينقض. أما إذا كان قد شاور العلماء في حكمه فإن أحكامه الخاطئة تنقض والصحيحة يجب إمضاؤها^(١).

هذا وقد نقل لنا ابن عابدين^(٢) عن الأشباه ~~برو~~ إذا قضى القاضي في أمر مما يجري فيه الاجتهاد نفذ قضاؤه إلا في مسائل نص على عدم نفاذها - في المذهب الحنفي - وينقض فيها الحكم، وقد عد منها أكثر من أربعين مسألة ليجتزئ بعضها :

- ١- فلا ينفذ لو قضى القاضي ببطلان الحق بمضى المدة، استناداً إلى من قال إن صاحب الحق إذا لم يخاصم ثلاث سنين للوصول إلى حقه وهو في المصر بطل حقه، لأنه قول مهجور^(٣)، فإذا طعن في هذا الحكم نقضه القاضي.
- ٢- إذا قضى بسقوط المهر بالتقادم، أي إذا لم يخاصم زوجها حتى مضت مدة طويلة فإنه لم ينفذ وينقض.
- ٣- إذا قضى على غائب بالتفريق للعجز عن الإنفاق على زوجته^(٤) فلا ينفذ في الصحيح وينقض لظهور مجارفة الشهود.
- ٤- إذا قضى بصحة نكاح مزنية أبيه أو ابنه، أو أم مزنيته أو بنتها فلا ينفذ عند أبي يوسف لحرمته بالنص، لأن النكاح لغة الوطء، خلافاً لمحمد الذي يرى أن النص الوارد في المسألة ظاهر والتأويل فيه سائع.

(١) وقالوا إن غير العالم تتعقب أحكامه رغم مشاورته للعلماء لأنه وإن عرف الحكم فقد لا يعرف إيقاعه عند التطبيق إذ القضاء صناعة دقيقة لا يهتدى إليها كل الناس - ويلاحظ أن شرط القضاء عند المالكية أن يكون القاضي عالماً فلا تصح تولية الجاهل. وإنما إذا اقتضت الضرورة تعيينه وجب ملاحظة هذا بالنسبة لأحكامه - المصدر السابق.

(٢) حاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٤٩٢ - ٤٩٤.

(٣) يقول ابن عابدين ليس المراد من هذا القول بطلان الحق في الآخرة بل بطلان الدعوي وكون هذا الرأي مهجوراً ليس علي إطلاقه إذ اتخذ قرينة علي بطلان الدعوي.

(٤) إذ لو قضى شافعي علي الزوج الحاضر بالفرقة لعجزه عن النفقة نفذ حكمه عندنا.

٥- إذا قضى بصحة نكاح المتعة اتباعاً لقول ابن عباس بجوارها فإنه ينقض لأن نكاح المتعة قد نسخ، وصح رجوع ابن عباس عن رأيه.

٦- إذا قضى بالتفريق للعنة، ولم يؤجل للزوج فإنه إذا طعن في الحكم ينقض ويؤجل له حولا.

٧- إذا قضى بعدم صحة رجعة الزوج لزوجته المطلقة رجعيّاً وهي في العدة بلا رضائها^(١) فإنه ينقض لمخالفته لقول الله تعالى ﴿وبعولتهن أحق بردهن﴾.

٨- إذا قضى بعدم وقوع الطلاق على الحائض. أو عدم وقوع ما زاد على الواحدة، أو عدم وقوع الثلاث بكلمة واحدة فإنه ينقض لمخالفته لقول الله ﴿فإن طلقها فلا تحل له...﴾ إذ المراد الطلقة الثالثة فمن قال لا يقع شيء أو تقع واحدة فقد أثبت الحل للزوج الأول بدون الزوج الثاني وهذا غير جائز فينقض الحكم^(٢).

٩- وإذا قضى لمن طلق زوجته قبل الدخول بعد ما قبضت المهر وتجهزت به بنصف الجهار لم ينفذ ونقض لأنه قضاء بخلاف النص إذ يقول الله ﴿فنصف ما فرضتم﴾ والجهار غير مسمى فلا يتنصف^(٣).

١٠- إذا قضى بشاهد ويمين، أو قضى في الحدود والقصاص بشهادة رجل وامرأتين فإنه لا ينفذ وينقض فيهما، وقيل الخلاف في الأول فقط وينفذ في الثاني كما في جامع الفصولين.

(١) وقد قضت إحدى دوائر الأحوال الشخصية بمحكمة القاهرة بعد إلغاء المحاكم الشرعية بذلك وهو حكم خاطئ من جميع نواحيه ولا سند له من الفقه ولا من القانون، وقد كان حكماً نهائياً للأسف، وفيما أعلم قد لاحظ التنقيش القضائي ذلك الخطأ علي من أصدره وقد وكلت إليه أعمال بعيدة عن الفصل القضائي.

(٢) هذا هو الحكم في المذهب الحنفي. لكن القانون المطبق قد أخذ حكم الطلاق بما راد علي الواحدة من غير المذهب الحنفي وأصبح هو الواجب التطبيق وأصبحت مخالفة ذلك تستحق النقض.

(٣) وجهة النظر الأخرى أن الزوج لما دفع المهر ورضي أن يشتري به جهازاً فكان الزوج اشتراه بنفسه وساقه إليها فله نصفه عند الطلاق قبل الدخول.

١١- إذا قضى بالتفريق بين الزوجين للرضاعة بينهما بشهادة المرضعة فقط فإنه ينقض.

١٢- لو قضى بشهادة الابن لأبيه أو العكس إذ اختلف في حكمه الصحابة، ثم وقع الإجماع على بطلانه فينفذ قضاؤه عند أبي يوسف إذ الإجماع المتأخر لا يرفع الخلاف السابق عنده، ولا ينفذ عند محمد ويكون مستحقاً للنقض لأن الإجماع يرفع الخلاف السابق فلا يكون القضاء في فصل مجتهد فيه^(١).

هذا ما قاله الفقهاء في نقض الأحكام لكن يقول ابن فرحون^(٢) : قال القرافي «إن حكم القاضي ينقض إذا خالف القواعد أو القياس أو النص - الظني الدلالة - إذا لم يكن له معارض راجع عليها وإلا فلا ينقض إجماعاً كالقضاء بصحة عقد القراض والمساواة والسلم والحوالة ونحوها، فإنها على خلاف القواعد والنصوص والأقيسة، ولكن الأدلة الخاصة مقدمة على القواعد والنصوص - غير قطعية الدلالة - والأقيسة».

(١) وهكذا فقد ذكر صاحب الأشياء هذا وما قدمناه قبل والكثير من المسائل غيرها وقال إنه حررها من البزاية والعمادية والصيرفية والتارخانية.

ثم أضاف إليها ابن عابدين مسائل أخرى نقلها عن البحر منها أن القضاء ينقض أيضاً عند الخفية إذا كان حكماً لا دليل عليه، وما خالف شرط الواقف فهو مخالف للنص. فيكون الحكم بخلافه حكماً من غير دليل وبخلاف النص.

وما ذكره صاحب الدر المختار ج ٤ ص ٤٩٤ / ٤٩٥ : إذا قضى بحبس المدين لا يكون هذا حجراً، وقيل هو حجر فلو حكم به ثم رفع لآخر نقضه عند الإمام خلافاً لهما، وإذا تزوج الزاني بابنته من الزنا وحكم القاضي بحل ذلك ثم طعن في الحكم أمام من لا يري حله كان له نقضه لأنه مما يستبشع الناس، وكذا ما قدمنا عن قضاء المقلد بغير مذهبه، وأقضاء المجتهد.

بغير رأيه ناسياً أو عام

(٢) التبصرة ج ١ ص ٥٥

هذا وقد تناول القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ حالات الطعن أمام محكمة النقض ودراستنا لا تتسع لذكرها، وإنما نكتفي بمجرد الإشارة إليها بالهامش إتماماً للفائدة^(١).

هل يجوز للقاضي الرجوع في حكمه :

إذا اجتهد القاضي فيما يجري فيه الاجتهاد وانتهى إلى رأى فى القضية ثم بدا له رأى آخر قبل أن يصدر الحكم، فإنه يجب عليه أن يحكم بما انتهى إليه أخيراً، فلا يجوز له أن يحكم بالاجتهاد الأول لأنه أصبح باطلاً فى نظره، أما بعد صدور الحكم، فإنه بالنسبة لحادثة أخرى مماثلة حق له أن يرجع عن حكمه الأول ولا يمنعه ما قضى به قبل عن القضاء بغيره، وقد قال عمر فى مثل هذا «تلك على ما قضينا وهذا على ما نقضى به اليوم» وبقي القول فيما إذا حكم فى مسألة وبدا له

(١) وتضمنت بعض مواد هذا القانون أسباب الطعن فى الأحكام بالنقض وهي تلخص فى الآتي :

- ١- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ فى تطبيقه أو تأويله.
 - ٢- إذا وقع بطلان فى الحكم.
 - ٣- إذا وقع فى الإجراءات بطلان أثر فى الحكم.
 - ٤- إذا فصل حكم انتهائي فى نزاع خلافاً لحكم آخر سبق بين الخصوم أنفسهم وحاز قوة الشئ المحكوم به، راجع المواد ١ و ٣ و ٣٠.
- وأشارت المادة (٢٢) إلى أنه إذا قبلت المحكمة الطعن تنقض الحكم المطعون فيه كله أو بعضه، كما تضمنت المادة (٢٣) المجالات التي تحيل فيها محكمة النقض القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم فيها من جديد بناء على طلب الخصوم، وفي هذه الحالة يتحتم على المحكمة التي أحيلت إليها القضية أن تتبع حكم محكمة النقض فى المسألة القضائية التي فصلت فيها.

وبجور لمحكمة النقض عند الاقتضاء إحالة الدعوى إلى محكمة أخرى.

وتضمنت المادة (٢٤) أن الموضوع إذا كان صالحاً للحكم فيه وقد حكمت المحكمة بنقض الحكم المطعون فيه جاز للمحكمة أن تستقيه لتحكم فيه.

وجاء بالمادة (٢٦) أنه يترتب على نقض الحكم إلغاء جميع الأحكام والأعمال اللاحقة للحكم المنقوض متى كان ذلك الحكم أساساً له

بعد ذلك أن يرجع عن حكمه وينقضه، فإن كان الذى قضى به خطأ لا يختلف فيه الفقهاء يرده لامحالة، وإن كان مما اختلف فيه الفقهاء أمضاه لا محالة وليس له الرجوع عنه مادامت الدعوى صحيحة والشهادة مستقيمة وعدالة الشهود ظاهرة، كى يبقى للأحكام القضائية احترامها ومهابتها. وقد استثنى الأحناف كما هو فى كتبهم من ذلك ثلاث مسائل :

الأولى : مالى قضى بعلمه^(١) فى مسألة ثم تبين له أنه قد التبس عليه الأمر، وهذا كان مبنياً فى الواقع على جوار القضاء بالعلم، لكن الفتوى على عدمه فى زماننا.

الثانية : إذا ظهر له خطؤه بالبينة أو بإقرار المقتضى له فإن كان فى حق العبد وأمكن تداركه بأن قضى بمال أو طلاق ثم ظهر أن الشهود لا تقبل شهادتهم شرعاً^(٢) بطل قضاؤه ورد المال إلى من أخذ منه والمرأة إلى زوجها وإذا لم يمكن التدارك بأن قضى بالقصاص ونفذ، أو كان حقاً من حقوق الله كحد السرقة، فقد أشرنا إلى أنه تجب الدية على المقتضى له فى الأولى. والضمان فى بيت المال فى الثانية.

الثالثة : إذا قضى بخلاف مذهبه على التفصيل السابق.

غير أن ابن فرحون^(٣) يرى أن للقاضى نقض أحكام نفسه إن ظهر له الخطأ، وإن كان قد أصاب قول قائل، وفى وثائق العطار «وللقاضى الرجوع عما حكم به بالاجتهاد إذا تبين له الوهم مادام على خطئه فإن عزل أو مايت بعد ماحكم به لم يكن لغيره فسخ شيء من أحكامه مما فيه اختلاف وإن كان وجهاً ضعيفاً»، وقال

(١) يقول ابن عابدين ج ٤ ص ٣٦٨ «كان يعترف عنده شخص لآخر بمبلغ ثم ينيب عنه، ثم تداعى عنده اثنان - بقدر هذا المبلغ - فحكم على أحدهما ظاناً أنه ذلك المعترف ثم تبين له أنه غيره».

(٢) وفى المغنى ج ٩ ص ٥٨ «وإذا بان فسق الشهود قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم ولو بان به الحكم لم ينقضه»

(٣) التبصرة ج ١ ص ٥٥.

سحنون : «إذا حكم بغير ما يراه سهواً فله نقضه وليس لغيره ذلك، وإن كان رأى بعد الحكم رأياً سواه لم ينقضه. ووافقه أصبح على ذلك وإلا لما وثق أحد بما يقضى به القاضى وذلك ضرر شديد، بل قال لو عزل القاضى ثم ولى مرة أخرى وأراد نقض ما حكم به فى قضائه الأول والرجوع عنه إلى ما هو أحسن لم يجز، لكن ابن الماجشون روى عن مالك وغيره من فقهاء المدينة أن القاضى إذا قضى ثم رأى ما هو أحسن مما قضى به فله أن يرجع مادام على ولايته التى فيها قضى بما يريد الرجوع عنه إذا كان يصح نقضه من غيره، واستحسن ابن رشد ذلك، وقيل إن كان القضاء بمال فسخه، وإن كان فى ثبوت نكاح أو فسخه لم ينقضه.

هذا وقد نظم القانون طرق الطعن وبين مايجوز الطعن فيه أمام المحكمة التى أصدرت الحكم، وما يجوز الطعن فيه أمام محكمة أخرى، مع أن الأصل فى الأحكام أن تكون حاسمة للنزاع، وأن المحكمة بمجرد إصدارها الحكم فى موضوع النزاع انتهى دورها فيه فلا تملك تبديلاً فيه أو تعديلاً.

غير أن المشرع لما لاحظ احتمال خطأ القاضي أباح التظلم من حكمه بما يسمى طعناً فى الحكم، ويكون الطعن عادة لدى محكمة أخرى تسمى محكمة الدرجة الثانية أو المحكمة الاستئنافية. غير أن المشرع أباح تقديم بعض الطعون أمام المحكمة التى أصدرت الحكم خروجاً على أصل انتهاء ولاية المحكمة على الموضوع بالفصل فيه.

الفصل الثاني

السلطات التي لها شبه بالقضاء

المبحث الأول

التحكيم والإفتاء

قد يلجأ الناس فيما يحدث لهم أو يشكل عليهم من أمور إلى أشخاص يختارونهم بأنفسهم دون أن يلزمهم قانون بالتزام رأيهم أو بالرجوع إليهم، وإنما هم يريدون التعرف على حكم الشرع والتزام أحكامه طوعية واختياراً، فالخلاف بينهم أو المخالفة ناشئة عن الجهل بحكم الشرع في الواقعة ويرون أنهم ليسوا في حاجة إلى من يعرفهم بالحكم ويلزمهم به، لأنهم مستعدون للالتزام به من أنفسهم. وعلى هذا نجد أن القضاء لا يحتكر فض المنازعات بين الأفراد، وإنما يشاركه في ذلك التحكيم والإفتاء، وستكلم عن كل منهما على حدة.

المطلب الأول

التحكيم

يقال في اللغة حكمه في الأمر تحكيماً أمره أن يحكم فاحتكم، وتحكم جاز فيه حكمه، وهو في الاصطلاح الفقهي لا يبعد عن هذا المعنى إذ يقصد به أن يحكم اثنان أو أكثر آخر بينهم ليفض النزاع ويطبق حكم الشرع، والتحكيم أقل شأنًا من القضاء^(١)، إذ القاضي ينظر من الدعاوى ما لا يملك المحكم نظره، ولذا

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٨ وحاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٣٨٢.



قال أبو يوسف لا يجوز تعليق التحكيم بالشرط وإضافته بخلاف القضاء، ولأن حكمه مقتصر على من رضى بحكمه بينما حكم القاضي يتعدى إلى الغير^(١).

ونظام التحكيم عرف عند العرب في الجاهلية، وقد كان الحكم هو صاحب الرأي فإذا وقعت خصومة احتكم إليه طرفاها، وأكثر ما كانت تقع الخصومة بين العرب في المفاخرة والمنافرة^(٢).

وأصل مشروعية التحكيم قول الله تعالى : ﴿فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها إن يريدوا إصلاحا يوفق الله بينهما﴾ ومن السنة ماروى أن أبا شريح قال يارسول الله «إن قومي إذا اختلفوا في شيء فأتوني فحكمت بينهم فرضى عنى الفريقان». فقال له الرسول. «ما أحسن هذا» رواه النسائي. وأيضاً فقد عمل الرسول بحكم سعد بن معاذ في بنى قريظة لما اتفقت اليهود على الرضا بحكمه فيهم مع رسول الله، كما روى أنه كان بين عمر وأبى بن كعب منازعة في نخل فحكما بينهما زيد بن ثابت وقد أجمع الصحابة على جواز التحكيم^(٣) فكل هذا يدل على جواز التحكيم ومشروعيته في الإسلام^(٤). كما أنه من ناحية أخرى يجوز التحكيم لأن من حكموه لهم الولاية على أنفسهم.

واشترط الفقهاء في الحكم أن تكون له صفة الحاكم بأن يكون أهلا للشهادة رجلا كان أو امرأة^(٥) وأن تتحقق هذه الأهلية وقت التحكيم وتبقى حتى وقت الحكم، وأن يكون الموضوع المطلوب التحكيم فيه في غير الحدود القصاص^(٦) لأن

(١) العناية علي الهداية بهامش الفتح ج ٥ ص ٤٩٨.

(٢) نافر حاكم في النسب وسميت منافرة لأنهم كانوا يقولون عند المنافرة : أنا أعز نفراً. وكثيراً ما كانت المنافرة سبباً في الحروب.

(٣) المبسوط للسرخسي ج ٢١ ص ٦٢.

(٤) فتح القدير ج ٥ ص ٤٩٨ - ٤٩٩.

(٥) راجع الفتح ج ٥ ص ٤٩٩، وفي التبصرة ج ١ ص ٤٣ خلاف فيها.

(٦) علي خلاف في القصاص وحد التلذ إذ قيل يجوز التحكيم فيها - الفتح والعناية ج ٥ ص ١٥٠ ابن عابدين ج ٤ ص ٣٨٣.

الإمام هو المتدين لاستيفائها ولأن حكم المحكم غير متعد فليس بحجة في حق غير المحكمين فكانت فيه شبهة، والحدود والقصاص لا تستوفى بالشبهات.

وبناء على هذا فإن التحكيم يصح في سائر المسائل الاجتهادية كالطلاق والنكاح^(١) والكفالة بالمال والنفس والبيع إلى غير ذلك.

وفي التبصرة^(٢) لابن فرحون أن التحكيم جائز في الأموال وما في معناها، ولا يقيم المحكم حداً ولا يلاعن بين الزوجين ولا يحكم في قصاص أو قذف أو طلاق أو نسب.

ولكل واحد من المحكمين أن يرجع مادام الحكم لم يصدر حكمه لأنه مقلد من جهتهما فلهما عزله قبل أن يحكم، أما إذا حكم فيما حكم فيه قبل عزله نفذ الحكم ولم يبطله هذا العزل.

وفي التبصرة أنه لا يشترط دوام الرضا إلى حين نفاذ الحكم بل لو أقاما البيعة عنده ثم بدا لأحدهما العدول قبل أن يحكم فإنه يفصل بينهما أيضاً ويجوز حكمه، وقال سحنون: لكل واحد منهما الرجوع مالم يفصل، وقال ابن الماجشون: ليس لأحدهما حق الرجوع قبل أن يقاعد صاحبه أو بعد ما ناشبه الخصومة.

وفي الدسوقي والدردير على خليل أن في المسألة قولين والراجح أنه لا يشترط دوام رضائهما حتى صدور الحكم. أما إذا رجعا معاً ولم يرتضياه قبل الحكم فلهما ذلك وليس له أن يحكم ولا يمضي حكمه إن صدر رغم ذلك^(٣).

(١) وفي المغني لابن قدامة ج ٩ ص ١٠٨ «ينفذ حكم من حكماء في جميع الأحكام إلا أربعة أشياء : النكاح واللمان والقذف والقصاص، فإن الإمام أو نائبه هو المختص بها، وقال أبو الخطاب: ظاهر كلام أحمد أنه ينفذ حكمه فيها، ولأصحاب الشافعي وجهان.

(٢) ج ١ ص ٤٣.

(٣) التبصرة ج ١ / ٤٣ ، حاشية الدسوقي ج ٤ ص ١٤٠ ، ١٤٢ .

ويجوز للحكم أن يسمع البينة ويقضى بالنكول، وكذا بالإقرار لأنه حكم موافق للشرع وهو مصدق فيما يخبر به من إقرار أحد الخصمين أمامه وبعدالة الشهود الذين سمعهم بحيث إذا أنكر من كان الحكم ضده صدور الإقرار منه وقيام البينة عليه ثم عرض الأمر على القضاء أخذ القاضى بقول الحكم ماداماً على تحكيمهما لأن الولاية قائمة. أما إذا أخبر الحكم القاضى بأنه كان قد حكم بكذا فلا يقبل قوله لأنه انعزل بالحكم^(١).

وما يقضى به الحكم وجب نفاذه عليهما عند أحمد وأبى حنيفة وقول للشافعى، وفى رواية أخرى عن الشافعى أن حكمه لا يلزمهما إلا إذا ارتضياه بعد إصداره لأن حكمه إنما يلزم بالرضا به، وهذا لا يتم إلا بعد معرفة الحكم. وفى ابن عابدين^(٢) «وظاهر كلام الهداية وغيرها يفيد أن الحكم لا يحبس، قال فى البحر ولم أره» نهر. لكن نقل الحموى عن صدر الشريعة أن له الحبس.

وإذا حكم بينهما ثم تخصصا إلى حكم آخر فحكم بينهما - دون أن يعلم بالحكم الأول - بما يخالف الحكم الأول فإذا رفع الأمر إلى القاضى ينفذ الحكم الذى يوافق رأيه^(٣) أما إذا لم يتكرر الحكم ورفع حكمه إلى القاضى أمضاه وإن وافق مذهبه إذ لا فائدة فى نقضه ثم إبرامه على ذلك الوجه وجار له أن يبطله^(٤) إن خالف مذهبه لأن حكمه لا يلزم القاضى لعدم التحكيم منه وإن شاء نفذ^(٥).

(١) الفتح ج ٥ ص ٥٠١، وابن عابدين ج ٤ ص ٣٨٤ وفى المبسوط ج ٢١ ص ٦٣ «إلا إذا كان المحمود فى مجلس الحكم فقال حكمت وجعلنا الحكم فإنه يصدق مادام فى مجلس الحكومة ولا يصدق بعد القيام منه حتى يشهد على ذلك غيره».

(٢) ج ٤ ص ٣٤٧.

(٣) المبسوط للسرخسي ج ٢١ ص ٦٣.

(٤) ونقل صاحب الفتح من مالك وابن أبي ليلى أنه لا يبطله إلا أن يكون جوراً بيناً.

(٥) راجع الفتح ج ٥ ص ٥٠٠ وابن عابدين ج ٤ ص ٣٨٥.

وأما بالنسبة للقانون فإن التحكيم أيضاً يشارك القضاء فى فض المنازعات لكن بقدر، فالتحكيم وسيلة معترف بها من الدولة للفصل فى الخصومات، وتتولى تنظيمه الدولة، وتبين متى يصح اللجوء إليه ومتى يمتنع ذلك ومتى يكون التحكيم إجبارياً فيما يصح فيه من أنواع المنازعات. وفى مقابل هذا التنظيم الدقيق للتحكيم من جانب الدولة أعطت الدولة الحكم الذى يصدر من الحكّمين بشروط معينة ما لأحكام القضاء من قوة تنفيذية، ويتم تنفيذها عند الاقتضاء بواسطة السلطة العامة وتحت إشراف القضاء، وقد تضمنت المواد من ٨١٨ - ٨٥٠ من قانون المرافعات المصرى كل مايتعلق بالتحكيم.

المطلب الثانى

الإفتاء

الفتيا والفتوى^(١) الجواب عما يشكل من الأحكام، ويقال استفتيت فلاناً فافتانى بكذا، والواقع أن الإفتاء تبليغ للناس عن حكم الله، ولذا فإن المفتى يجب أن يتصف بالعلم بما يبلغ وأن يكون معروفاً بالصدق حسن الطريقة مرضى السريرة عدلاً فى قوله وفعله، ألا ترى أنه الأمين على أحكام الله وتبليغها للناس، وقد أسنده الله تعالى إلى نفسه إذ يقول «ويستفتونك فى النساء قل الله يفتيكم» ويقول «ويستفتونك قل الله يفتيكم فى الكلاله».

والاجتهاد وإن كان أعم من الإفتاء لأن المجتهد يستنبط الأحكام له أو لغيره فيما وقع من الأمور وأحياناً فيما لم يقع، فإن الإفتاء لا يكون إلا فيما وقع وسئل فيه المفتى، وإن كان فى القضاء والإفتاء إخبار بحكم الله الواجب الاتباع إلا أن إخبار القضاء ملزم^(٢) وتقوم الدولة بما لها من سلطان على تنفيذه، أما الفتوى فهى

(١) وفى المصباح الفتوى بالواو يفتح الفاء وبالياء بضم الفاء اسم من أفتى العالم إذا بين الحكم، والجمع الفتاوى

بكسر الواو - وقيل يجوز الفتح للتخفيف.

(٢) رسائل ابن هابدين ج ١ ص ١٠، وراجع تهذيب الفروق ج ٤ ص ٨٩ - ٩٨ الفرق ص ٢٢٤ بين قاعدة

الفتوى وقاعدة الحكم.

مجرد إخبار وإن التزم بها المستفتى ديانة إلا أن الدولة لاسلطان لها على تنفيذ هذه الفتوى على المستفتى، ولذا سمي الأول حكماً، أما إخبار المفتى فهو مجرد فتوى، والفتوى تكون حتى في العبادات بخلاف الحكم، وعلى هذا فكل ما يتأتى فيه الحكم يتأتى فيه الفتوى ولا عكس.

وأول من قام بوظيفة الإفتاء هو محمد بن عبد الله فكان يفتى عن الله بوحية المبين، وكانت فتاويه جوامع لأحكام ومشتمة على فصل الخطاب وليس لأحد مخالفتها. ثم قام من بعده بهذا المنصب الفقهاء من أصحابه^(١)، ومن بعدهم كانت الفتيا في علماء التابعين الذين انتشروا في المدن الإسلامية^(٢).

وكان الناس إذا وقعت لهم واقعة وأرادوا معرفة حكم الله فيها استفتوا أي مفت وجدوا. إذ القول بمقالات الناس والفتيا بمذهب الواحد من الناس لم يكن عرف قديماً. ولم يكن الناس عليه في القرنين الأول والثاني. أما هذان القرنان فقد حدث فيهما شيء من التقليد غير أنه لم يظهر التقليد واضحاً إلا في منتصف القرن الرابع الهجري^(٣).

(١) والذين حفظت عنهم الفتوى نحو مائة وثلاثين بين رجل وامرأة، وفيهم الكثير وهم سبعة : عمر بن الخطاب، وعلي بن أبي طالب، وعبد الله بن مسعود، وعائشة، وزيد بن ثابت، وعبد الله بن عباس، وعبد الله بن عمر.

وليهام المتوسطون وهم أبو بكر، وأم سلمة، وأنس بن مالك، وأبو سعيد الخدري، وأبو هريرة، وعثمان وعبد الله بن عمرو بن العاص، وعبد الله بن الزبير، وأبو موسى الأشعري، وسعد بن أبي وقاص، وسلمان الفارسي، وجابر بن عبد الله، ومعاذ بن جبل. ويضاف إليهم طلحة، والزبير، وعبد الرحمن بن عوف، وعمران بن حصين، وعبد الله بن الصامت، ومعاوية ابن أبي سفيان.

وفيهم المقلون وهم من عدا هؤلاء، راجع إعلام الموقعين لابن القيم.

(٢) كان في المدينة سعيد بن المسيب، وفي مكة عطاء بن أبي رباح، وفي الكوفة إبراهيم النخعي، والشعبي، وفي البصرة الحسن البصري، وفي اليمن طاووس بن كيسان، وفي الشام مكحول.

(٣) حجة الله البالغة للدهلوي.

وكان لا يقوم بالإفتاء في هذه العصور المتقدمة إلا من توافرت فيه شروط الاجتهاد، ثم بعد هذه القرون وجد التقليد الصرف وكثر الجدل والخلاف وبدأ البحث في هل يصح أن تسند وظيفة الإفتاء إلى غير المجتهد وهل يتقيد في فتواه بمذهب إمامه إلى غير ذلك؟

والمفتي إذا كان مجتهداً وجب أن تتوافر فيه شروط الاجتهاد وأن يلاحظ عند إجابته نفسية المفتي وبيئته وأن يفهم جيداً واقعة الاستفتاء. ويرى البصري وجماعة من الأصوليين أنه لا يجوز لغير المجتهد أن يفتي بمذهب أحد المجتهدين لأنه لو جاءت الفتوى بطريق الحكاية لجاز ذلك للعاصي، ولكن المختار أن الفتوى تصح إذا كان المفتي مجتهداً في المذهب مطلقاً على مأخذ من يقلده^(١)، بل يقول ابن السبكي^(٢)، ويجوز للمقلد الإفتاء وإن لم يكن قادراً على التفريع والترجيح لأنه ناقل لما يفتي به عن إمامه وإن لم يصرح بنقله عنه، ويعقب على هذا بقوله «وهذا في الواقع في العصور المتأخرة».

وفي فتاوى ابن حجر : إنه لا يجوز لمن يأخذ العلم من الكتب دون تلقيه عن العلماء أن يفتي من كتاب، بل قال النووي : ولا من عشرة كتب أو عشرين كتاباً، إذ قد تعتمد كلها على مقالة ضعيفة في المذهب، أما من أخذ العلم عن أهله وصارت له فيه ملكة نفسانية فإنه يميز الصحيح من غيره^(٣).

ويقول ابن عابدين^(٤) : «والإجماع على أن من أراد الإفتاء أن يتبع القول الذي رجحه علماء مذهبه، وأن يعرف حال من يفتي بقوله من ناحية الرواية والدراية، وإذا تعارضت الأدلة ولم يوجد ترجيح وأفتى بما يوافق قولاً أو وجهاً في المسألة وجب عليه النظر في الترجيح^(٥). وينبغي على المفتي ألا يذهب بالمستفتي مذهب الشدة ولا يميل به إلى طرف الانحلال^(٦)».

(١) الأحكام للأمدى ج ٤ ص ٣١٦. (٢) جمع الجوامع ج ٢ ص ٣٩٩.

(٣) رسائل ابن عابدين ج ١ ص ١١ وراجع تهذيب الفروق ج ٢ ص ١١٦ - ١٣٥ الفرق الثامن والسبعون بين من يجوز له الإفتاء ومن لا يجوز.

(٤) رسائل ابن عابدين. (٥) المصدر السابق. (٦) الموافقات للشاطبي ج ٤ ص ١٥٨.

وللمفتي ما دامت له ملكة وبعض مقدرة على الاجتهاد والتمييز بين الأدلة واستعراض الآراء في المذهب أن يتخير منها ما هو أنسب لمصالح الناس وأقرب إلى تحيبيهم في أمور دينهم دون اتباع للهوى أو إرضاء لحاكم^(١) فباب الرخص مفتوح بين يدي المفتي إذا كان في الأخذ بالعزائم ما يوقع الناس في الضيق والحرج.

وينبغي على المفتي أن يعمل فيما يعرض له من أمور تخصه بما يفتي به الغير ولا يترخص لنفسه بما لا يترخص به لغيره وإلا لاسقط هذا من مهابته وشكك الناس في فتواه أو في عدالته.

وإذا كان في البلد مفت واحد وجب الرجوع إليه، وإن تعددوا : فيرى ابن حنبل والقفال من أصحاب الشافعي أنه يجب على المستفتي أن يستفتي الأعلام والأورع، لأن قول المفتي في حق العامي كالادلة في حق المجتهد وطريق التحري بالنسبة للعامي يكون بالشهرة والتسامح.

وذهب آخرون إلى أن العامي له استفتاء أي واحد منهم دون تحر أو اختيار، بل من الفقهاء من قال إنه يجوز استفتاء المفضل مع وجود الأفضل، والرسول عليه السلام يقول «أصحابي كالنجوم بأيهم اقتديتم اهتديتم»^(٢) وقد سبق بيان ذلك.

وليس للعامي المستفتي الرجوع بعد الاستفتاء إلى مفت آخر في نفس المسألة وإنما يلزمه اتباع ما جاء به، أما في غيرها من المسائل فالمختار أن من حقه أن يرجع إلى غيره^(٣). وينقل ابن السبكي «أن ابن الصلاح قال : إنه يلزم على المستفتي العمل بقول المفتي إن لم يوجد مفت آخر، فإن وجد تخير بينهما والأصح جوار الرجوع إلى غيره»^(٤).

(١) حكى الباجي أنه وقعت له واقعة فافتوا فيها بما يضره فلما سألهم قالوا ما علمنا أنها لك، وأفتوه بالرواية الأخرى التي توافق قصده، ويقول: وهذا لاختلاف بين المسلمين في أنه لايجوز.

(٢) الأمدى ج ٤ ص ٣١٧، والمستصفي للغزالي ج ٢ ص ٣٩٠، الموافقات للشاطبي ج ٤ ص ١٥٩.

(٣) جمع الجوامع ج ٢ ص ٤٠٠، والأمدى ج ٤ ص ٣١٨.

(٤) وقد حلق المطار في حاشيته علي هذه العبارة بما هو محل نظر. فارجع إليه ج ٢ ص ٤٠٠.

ويجب على ولي الأمر تتبع أقوال المفتين وتصفحها، ومنع من لم يصلح وتوعده بالعقوبة إن عاد، وإن من عمل المحتسب أن ينكر على المتصدى للفتوى دون أن يكون أهلاً لها عمله، وأن يظهر أمره كي لا يغتر به الناس. لأن الأثر المترتب على هذا هو إيقاع الناس في المهالك، ومثل من يفتي بغير علم كمثل من يرشد الركب إلى الطريق والمسالك دون أن تكون له به دراية أو معرفة، وكمن يطيب الناس وليست له دراية بالطب.

وكتب الفقه والأصول تناولت ما يتعلق بالمفتي والفتوى، ومنها ما عنون لذلك بالإفتاء، ومنها ما عنون بأدب المفتي، ومنها ما عنون لها برسم المفتي، يتناولون بالبيان العلامات التي تميز الأقوال في المذاهب، وتبين الراجح من المرجوح، والصحيح من الضعيف، وما يتبع عند تلقى الفتوى من الناس وعند كتابتها وردّها والترتيب بين المتقدمين للفتوى.

هذا وقد خصصت الدولة في العصور المتأخرة وظيفة للإفتاء تعين فيها أحد رجال الدين الذين اشتغلوا بالقضاء وخصصت له ديواناً تابعاً لوزارة العدل يسمى ديوان الإفتاء وأسندت الإفتاء في الأقاليم إلى نواب المحاكم الشرعية حينما كانت قائمة، كما وجدت لجنة للفتوى بالأحرر.

وفتوى المفتي وإن كان لا يلتزم بها القضاء إلا أنها هادية ومرشدة، مثلها مثل فتوى قسم الرأي (إدارة الفتوى والتشريع التابعة لمجلس الدولة)^(١) غير أن فتاوى

(١) عندما أنشئ مجلس الدولة المصري لأول مرة بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ نصت المادة الثانية منه على أنه يشمل المجلس أقساماً ثلاثة : « محكمة القضاء الإداري، وقسم التشريع، وقسم الرأي » وفي القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ ضم قسم الرأي والتشريع تحت لواء جمعية عمومية خاصة بها فزاد ذلك القريب بينهما، وفي سنة ١٩٥٢ صدر المرسوم بقانون ١١٥ الذي جعل قسم الرأي يتكون من (شعب وإدارات). ومنذ ٢٩ / ٣ / ٥٥ بدأ العمل بالقانون الحالي لمجلس الدولة رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ الذي وضع تنظيمًا جديدًا شاملاً لمجلس الدولة وجعله يتكون من قسمين : « القسم القضائي، والقسم الاستشاري للفتوى والتشريع ». وخصص القسم الثاني من هذا القانون (المواد من ٤٦/٣٧) للقسم الاستشاري وتناولت المواد (٤١ - ٤٦) منها اختصاصات هذا القسم.

هذا القسم خاصة بالقوانين واللوائح وما يعرض عليها من الجهات الحكومية، والإفتاء في الفقه الإسلامي عام للأفراد والهيئات بأنواعها، ومع هذا فهي في التشريعين غير ملزمة قبل أن تأخذ صفة رسمية من ولي الأمر، أو من القضاء.

= وبذلك يكون قسم التشريع قد أدمج في قسم الرأي (الفتوي) لأن الصياغة التي يقوم بها قسم التشريع ليست في الواقع إلا استفتاء، فهي من نوع عمل قسم الرأي في موضوع القوانين واللوائح، فالعمل متداخل إذ من يفتي في الموضوع لابد أن يصوغ نصوص المواد، ومن يبحث في الصياغة لابد أن ينظر في الموضوع، وكلاهما عمل غير ملزم قبل أن يصير قانوناً رسمياً - راجع كتاب مجلس الدولة للأستاذ الدكتور عثمان خليل الطبعة الرابعة سنة ١٩٥٦.

وهذا وقد تضمنت المادة (٤١) أن قسم الرأي يختص بإبداء الرأي في المسائل التي يطلب الرأي فيها من رئاسة مجلس الوزراء والوزارات والمصالح العامة، كما نصت المادة (٤٢) أن إدارات قسم الرأي تتولي صياغة مشروعات القوانين التي تقترحها الحكومة عدا بعض أمور استثنيتها المادة، وفي المادة (٤٣) أن لرئيس الإدارة أن يحيل إلى اللجنة المختصة ما يبري إحالته إليها لأهميته من المسائل التي ترد إليه من الوزارات أو المصلحة لإبداء الرأي فيها.

المبحث الثاني ولايتا المظالم والحسبة

المطلب الأول ولاية المظالم

وهي سلطة قضائية أعلى من سلطة القاضي والمحتسب، فهي تنظر من المنازعات ما لا ينظره القاضي، بل تنظر ظلامة الناس منه، فهي وظيفة ممتزجة من سطوة السلطنة ونصفه القضاء، وهي في أصل وضعها داخلة في القضاء، ويسمى متوليها صاحب المظالم، وينظر واليها ظلامات الناس من الولاة والجباة والحكام أو من أبناء الخلفاء أو الأمراء أو القضاة. وكان بعض ما يختص بنظره والى المظالم لا يحتاج إلى ظلامة متظلم وإنما ينظره من تلقاء نفسه وبعضها موقوف نظره على طلب من المتظلم، وقد حصرها الماوردي^(١) في الآتي :

- ١- تعدى الولاة على الأفراد أو الجماعات من الرعية.
 - ٢- جور الجباة فيما يجبونه من الأموال فإن كان ما استزادوه رفعوه إلى بيت المال أمر برده، وإن أخذوه لأنفسهم استرده لأربابه ونظر في أمرهم.
 - ٣- رد ما اغتصبه ولاة الجور وذوو النفوذ والبطش.
 - ٤- كتاب الدواوين فيتصفح أحوال ما وكل إليهم.
 - ٥- النظر في الوقوف العامة وإمضاؤها على شروط واقفيها.
- وهذه الأمور لا يتوقف نظرها على إقامة دعوى وإنما يكفي لفحصها ونظرها أن يصل ذلك إلى علمه.

- ٦- تظلم المرتزقة من نقص أرواقهم أو تأخرها عنهم وإجحاف النظر بهم.

(١) الأحكام السلطانية ص ٧٦.



- ٧- النظر في الوقوف الخاصة فإن نظره فيها موقوف على تظلم أهلها.
- ٨- تنفيذ أحكام القضاة التي تعذر عليهم تنفيذها لعلو قدر المحكوم عليه وعظم خطره.
- ٩- النظر فيما يعجز عن نظره ولاية الحسبة في المصالح العامة.
- ١٠- مراعاة استيفاء حقوق الله من العبادات الظاهرة كالجمع والأعياد والحج والجهاد.
- ١١- النظر بين المتشاجرين والحكم بين المتنازعين.

وأغلب هذه الأمور كما ترى تتعلق بمقاضاة رجال السلطان ونوابهم، كما تتعلق بتظلم موظفي الدولة من تعسف رؤسائهم، ولذا فهو أشبه ما يكون من الناحية الغالبة على اختصاصاته بالقضاء الإداري عندنا الذي هو أحد قسمي مجلس الدولة^(١)، كما أنه في

(١) وتنص المادة (٣) من القانون ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ علي أن القسم القضائي يؤلف من المحكمة الإدارية العليا، ومحكمة القضاء الإداري والمحاكم الإدارية، وهيئة مفوضي الدولة. وقد بينت المواد ٨، ٩، ١٠، ١١، ١٣، ١٤، اختصاصات هذه المحاكم وفيها أن مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري يختص بالفصل في الطعون الخاصة بانتخابات الهيئات الإقليمية والبلدية، والمنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة للموظفين العموميين أو لورثتهم، والطعون المقدمة من ذوي الشأن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتميين في الوظائف العامة أو الترقية أو بمنح علاوة، والطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات الصادرة بإحالتهم إلي المعاش أو الاستبعاد أو فصلهم من غير الطريق التأديبي، والطعون في القرارات النهائية الصادرة من الجهات الإدارية في منازعات الضرائب والرسوم (٨٣) وكذا في طلبات التعويض عن القرارات المنصوص عليها في المادة السابقة إذا رفعت إليه بصفة أصلية أو تبعية (٩م) وفي المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر (١٠م) وفي الطعون التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة من جهات إدارية لها اختصاص قضائي متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو وجود عيب أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها وتأويلها (١١م) وتختص المحاكم الإدارية بصفة نهائية بالفصل في طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية الصادرة =

بعض اختصاصاته يشبه بوجه ما عمل النيابة الإدارية والمحاكم التأديبية^(١).

= بالتعيين في الوظائف العامة أو الترقية أو منح علاوة، أو بالإحالة إلي المعاش أو الاستبعاد أو الفصل من غير الطريق التأديبي أو في منازعات الضرائب والرسوم (م١٣) وليست دراستنا محلًا لتفصيل شيء من ذلك.

(١) النيابة الإدارية سلطة تحقيق أنشئت في مصر بمقتضى القانون ٤٨٠ لسنة ١٩٥٤، وهي هيئة مستقلة تابعة لرياسة الجمهورية، المادة الأولى من القانون ١١٧ لسنة ١٩٥٨ والمعدل بالقانون ٥٩ لسنة ١٩٥٩، وقد منحت سلطات واسعة نص عليها القانون المذكور، وهي تنقسم إلي قسمين : قسم للرقابة والفحص، وقسم للتحقيق، وقد تضمنت المادة الخامسة أن لقسم الرقابة والفحص أن يتخذ الوسائل اللازمة لتحري المخالفات الإدارية والمالية والكشف عنها، وله في سبيل ذلك الاستعانة برجال البوليس والموظفين الذين يتدبون للعمل بالقسم المذكور، ويحرر محضر يتضمن ماتم إجراءاته والنتيجة التي أسفر عنها. كما أشارت المادة السادسة إلي أنه: إذا أسفرت المراقبة عن أمور تستوجب التحقيق أحيلت الأوراق إلي قسم التحقيق بإذن من مدير عام النيابة الإدارية أو من الوكيل المختص بقسم الرقابة.

علي أن المادة الثالثة قد تناولت اختصاصات النيابة الإدارية بصفة عامة. فجاء فيها «تختص النيابة الإدارية بالنسبة إلي الموظفين الداخلين في الهيئة والخارجين عنها والعمال بما يأتي:

- ١- إجراء الرقابة والتحريات اللازمة للكشف عن المخالفات المالية والإدارية.
- ٢- فحص الشكاوي التي تحال إليها من الرؤساء المختصين أو من أي جهة رسمية من مخالفة القانون أو الإهمال في أداء واجبات الوظيفة.
- ٣- إجراء التحقيق في المخالفات الإدارية والمالية التي يكشف عنها إجراء الرقابة وفيما يحال إليها من الجهات الإدارية المختصة، وفيما تتلقاه من شكاوي الأفراد والهيئات التي يثبت الفحص جديتها».

أما المحاكم التأديبية، فقد روعي في إنشائها أن يكفل للجمهور الذي يتعامل معه الموظف تحقيق المصالح المناطة بالمرق العام، وفرض التزامات معينة علي الموظف تتلخص في قيامه بواجبات وظيفته علي أحسن وجه. وقد تضمنت المواد من ١٨ - ٢٢ تشكيل المحاكم الابتدائية وتنظيمها.

وإذا ما ثبت للنيابة الإدارية من التحقيق ارتكاب الموظف للجريمة فإنها تحيل الأوراق إلي المحكمة التأديبية وتباشر اسامها الدعوي (م٢٢) ، وأحكام المحاكم التأديبية نهائية ولا يجوز الطعن فيها إلا أمام المحكمة الإدارية العليا.

وولاية المظالم عرفت من قديم فقد كان ملوك الفرس يرونها من قواعد الملك وقوانين العدل، وأدرك العرب في الجاهلية مالها من أهمية، وقد نظر الرسول المظالم بنفسه^(١) وكذا لم يتدب للمظالم أحد من الخلفاء الأربعة لأن الناس كان يقودهم التناصف إلى الحق ويزجرهم الوعظ عن الظلم وما يجري بينهم من منازعات كان في أمور مشتبهة يوضحها حكم القضاء غير أن علماً حينما تأخرت إمامته واختلط الناس فيها احتاجوا إلى صرامة في السياسة فنظر في مظالم الناس وإن كان لم يعين لذلك يوماً.

وكان أول من أفرد للظلمات يوماً عبد الملك بن مروان، وكان إذا أشكل عليه أمر رجع فيه إلى قاضيه وإلى الفقهاء، وكان عمر بن عبد العزيز قوياً في الحق ودفع الظلم عن المظلوم، فرد مظالم بني أمية على أهلها حتى خيف عليه فقال: «كل يوم أتقيه وأخافه دون يوم القيامة لاوقيته . . .» وقد كتب أبو يوسف إلى الخليفة هارون في رسالة الخراج «يا أمير المؤمنين تقرب إلى الله بالجلوس لمظالم رعيتك تسمع من المظلوم وتنكر على الظالم، ولعلك لا تجلس إلا مجلساً أو مجلسين حتى يسير ذلك في الأمصار والمدن فيخاف الظالم وقوفك على ظلمه . . .» وكثيراً ما كانوا يعهدون بهذا المنصب إلى وزرائهم أو قضاتهم^(٢) وأمروهم بأن يجعلوا لنظر المظالم يوماً معروفاً يقصد فيه المتظلمون، وكانت محكمة المظالم تنعقد

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٧٣.

(٢) وقد تقتضي السياسة أو العدالة إنابة أحد هؤلاء، فقد حضرت امرأة أمام المأمون وهو جالس لنظر المظالم فسألها عن خصمها فقالت: القائم علي راسك العباس ابن أمير المؤمنين فأمر قاضيه وقيل وزيره بأن يجلسها معه وينظر ما بينهما بحضرتها فلما ارتفع صوتها وجرها أحد الحجاب فقال الخليفة: دعها فإن الحق أنطقها والباطل أخرسه، ونفذ المأمون ما قضى به نائبه من أمر ابنه برد ضياعها عليها. فهو لم يباشر المظلمة بنفسه لما اقتضته السياسة لأن الظلم من ابنه وقد يكون علي حق فيقضي له وهذا لايجوز منعاً للتهمة، كما أن الخليفة تنحي عن نظر هذه المظلمة محافظة على مهابته وحرية المتظلمة في استيفاء الدعوي واستيضاح الحجة، راجع الأحكام السلطانية للماوردي ص ٨١.

فى المساجد^(١) كغيرها من المحاكم القضائية. غير أن والى المظالم لابد فى مجلسه أن يحاط بخمس جماعات مختلفة حتى تكسب مجلسه مهابة وتعطى له قدرة على التنفيذ.

- ١- الحماية والأعوان. لجذب القوى وتقويم الجرى.
- ٢- القضاة والحكام ، لاستعلام ما يثبت عندهم من الحقوق ومعرفة ما يجرى فى مجالسهم بين الخصوم.
- ٣- الفقهاء ليسألهم فيما يشبه عليه ويستأنس برأيهم.
- ٤- الكتاب ، ليثبتوا ما جرى بين الخصوم وما توجه لهم أو عليهم من الحقوق.
- ٥- الشهود ليشهدهم على ما أوجبه من حق.

المطلب الثانى

ولاية الحسبة

الحسبة^(٢) وظيفة دينية من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر الذى هو قرض على القائم بأمور المسلمين، يعين لذلك من يراه أهلاً له^(٣).

- وفى تاريخ الإسلام السياسى ج ٢ ص ٣١٥ نقلاً عن تاريخ الخلفاء للسيوطى ٢٥٣، وقد جلست بعض النساء للنظر فى المظالم فقد تمت أم الخليفة القنذر بنفوذ كبير واتسعت سلطتها إلى حد أنها استطاعت أن تعين قهرماناتها (ثومال) صاحبة للمظالم سنة ٣٠٦هـ فكانت تجلس فى مكان شيدته أم الخليفة فى الرصافة وتنتظر فى رواق الناس كل جمعة، فكانت تجلس وتحضر القضاة والأعيان وتبرر التواقيع عليها خطها.

(١) وقد بنى الخليفة المهدي (٢٥٥ - ٢٥٦) قبة لها أربعة أبواب كان يجلس فيها وسمّاها (قبة المظالم). راجع مروج الذهب ج ٢ ص ٤٣١. أشار إليه الدكتور حسن إبراهيم فى تاريخ الإسلام السياسى . ج ٣ ص ٣١٤.

(٢) وفى القاموس حبه حباناً وحباً وحباً وحسبة. والحسبة بالكسر الأجر واسم من الاحباب وهو حن الحبة حن التدبير، واحتسب عليه أنكر منه المحتسب.

(٣) وعرفها للوردى ص ٢٣٠ بأنها الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه والنهى عن المنكر إذا ظهر فعله يقول الله «ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر».

والمعروف كل تصرف حسنه الشارع وأمر به، والمنكر كل تصرف قبحه الشارع ونهى عنه، والنهى عن المنكر من أمهات الفرائض التى بها تهذب النفوس ويصان الدين من الضياع، والسكوت عليه إثم ومخالفة للشرع يقول الرسول : من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان.

والأصل فى هذه الولاية ماروى عن النبى أنه وقف على صبرة طعام - أى عرمة من القمح - فى السوق بالمدينة فأعجبه حسنه فأدخل فيه يده فنالت أصابعه بللاً ثم تأفف ونادى: يا صاحب الطعام ماهذا؟ فقال : أصابته السماء، قال أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس؟ وقال : «أيها الناس، لا غش بين المسلمين، من غشنا فليس منا» وقد ولى النبى السوق لمن يتفقده فقد استعمل سعيد بن العاص بن أمية على سوق مكة بعد الفتح، واستعمل عمر لإحدى النساء على سوق المدينة^(١).

وأول من وضع نظام الحسبة هو أمير المؤمنين عمر بن الخطاب^(٢)، وإن كانت التسمية نفسها عرفت فى عهد المهدي العباسي^(٣) (١٥٨ / ١٦٩).

والشريعة الإسلامية تقضى بوجوب الحسبة على كل مسلم مكلف يعلم حكم الدين فيما يدعو إليه لقوله تعالى «ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر» ولما رواه أبو بكر أن الرسول عليه السلام قال :

«ما من قوم عملوا بالمعاصى وفيهم من يقدر على أن ينكر عليهم فلم يفعل إلا يوشكوا أن يعذبهم الله بعذاب من عنده...» ولا تعارض فى هذا مع قوله تعالى

(١) تاريخ القضاء لعرنوس ص ١٠٧.

(٢) المرجع السابق.

(٣) تاريخ الإسلام السياسي للدكتور حسن إبراهيم ج ١ ص ٥٣٠.

﴿عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل إذا اعتديتم﴾ إذ المراد إذا فعلتم ما كلفتم به لا يضركم تقصير غيركم، وما يدل على اهتمام السلف بالحسبة ما قاله أبو الدرداء «لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر أو ليسلطن الله عليكم سلطاناً ظالماً لا يجلب كبيركم ولا يرحم صغيركم».

ولما ينبغى لوجوب الاحتساب أن تكون دعوة المحتسب مثمرة وأن يكون آمناً على نفسه من الأذى بسبب دعوته، ويرى الغزالي أن الحسبة تجب إذا كان القائم بها يعلم أن دعوته سترتب عليها روال المنكر دون أن يلحق به ضرر، أما إذا كان يترتب عليها إحداث منكر آخر أو التغالي في فعل هذا المنكر فإنها لا تجب بل قد تحرم. كما يرى أنها تستحب إذا أمن الداعي على نفسه وعلم أن دعوته لافائدة منها، أو يعلم أنها تفيد منع المنكر ولكن يلحقه من وراء ذلك بعض الضرر.

ومن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر دعوة الأمة الإسلامية سائر الأمم والشعوب إلى دعوة الحق يؤديه ظاهر قوله تعالى ﴿كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر﴾ وقوله تعالى ﴿الدين إن مكناهم في الأرض أقاموا الصلاة وآتوا الزكاة وأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر﴾ وقد سبق أن بينا في كتابنا (مباحث الحكم) الطريق الأمثل لتحقيق هذا الواجب وتبليغه على الوجه المفيد النافع، وقلنا إنه يجب أن تخصص الأمة الإسلامية بعض أبنائها من علماء الدين وتزود كل جماعة منهم بلغة وطبائع وعادات وتاريخ الأمة التي سيعثون إليها تبصرهم بالاديان التي هم عليها حتى يكونوا على بينة من كل ذلك فيتمكنوا من تبليغ دعوة الإسلام فيأمرونهم بالمعروف وينهونهم عن المنكر، بالإضافة إلى تزويدهم ببعض دراسات في علم النفس والأخلاق حتى تصل دعوتهم إلى القلوب ولا يتفر الناس منهم مصداقاً لقوله تعالى ﴿ادع إلى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن...﴾ وقوله ﴿فبما رحمة من الله لنت لهم ولو كنت فظاً غليظ القلب لانفضوا من حولك﴾ ومصداقاً لقول الرسول «لا يأمر بالمعروف ولا ينهى عن المنكر



إلا رفيق فيما يأمر به رفيق فيما ينهى عنه، حليم فيما يأمر به حليم فيما ينهى عنه، فقيه فيما يأمر به فقيه فيما ينهى عنه». ومن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر هداية الضال وإرشاده، وإنارة الطريق له بالموعظة الحسنة والقول اللين ومد يد المعونة الأدبية والمادية، ويا حبذا لو خصصت الدولة جانباً من المال لينفق بإرشاد المحتسب على الداعين إلى الفضيلة لمقاومة الرذيلة والمنكر حتى يمكن مقاومة من انحرف بسبب الفاقة أو الجهالة .

والمحتسب القائم بالدعوة بالمعروف ومقاومة المنكر يجب أن يكون مكلفاً مؤمناً آمناً عالماً بحكم الشرع، ويرى بعض الفقهاء كما وردى أن يكون عدلاً عاملاً بما يأمر به منتهياً عما ينهى عنه لعموم قول الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِمَ تَقُولُونَ مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾ كبر مقتاً عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون ﴿وقوله ﴿اتَّامِرُونَ النَّاسَ بِالْبِرِّ وَتَنسَوْنَ أَنْفُسَكُمْ﴾ .

غير أن فريقاً من الفقهاء ومنهم الغزالى لا يشترط ذلك لعموم ما ورد فى الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر من الكتاب والسنة، ولأن اشتراط ذلك قد يعطل الاحتساب كما قال سعيد بن جبير «إن لم يأمر بالمعروف إلا من لا يكون فيه شيء لم يأمر أحد بشيء» ، ويدل على ذلك ما روى عن أنس أنه قال : «قلنا يا رسول الله ألا نأمر بالمعروف حتى نعمل به كله ولا ننهى عن المنكر حتى نجتنبه كله؟ فقال: بل مروا بالمعروف وإن لم تعملوا به كله وانهاؤا عن المنكر وإن لم تجتنبوه كله» .

والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر وإن صح من كل مسلم دون تعيين أو تنصيب، فإنه ينبغي أن يتطوع كل مسلم لذلك، إلا أن نفرأ من الفقهاء يرى أن الحسبة وإن صحت من كل مسلم تتوافر فيه الشروط السابقة فإنها لا تجب إلا بتفويض من ولى الأمر لما فيها من ولاية واحتكام، ولما قد يؤدى إليه من فوضى واضطراب وفتن وقلقل. أما جمهور الفقهاء فإنهم يرون وجوبها على كل مسلم قادر لقوله تعالى ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾ ولقول الرسول «المؤمن للمؤمن كالبنيان يشد بعضه بعضاً»

والذي تطمئن إليه النفس أن مجرد النصح بالحكمة والموعظة الحسنة أمر لا يحتاج إلى إذن ويجب علي كل مسلم وجوباً كفايياً، أما ما فوق ذلك من أعمال الحسبة : من مقاومة وتقديم للقضاء فإنه ينبغي أن يكون عن طريق والي الحسبة المعين من قبل الإمام، ولا مانع لأي مسلم من تبليغ والي الحسبة عن أي منكر يراه ليقوم هو بدوره وبحكم وظيفته بمقاومته - ويمكننا أن نحمل الفرق بين المحتسب والمتطوع وبين والي الحسبة في الآتي :

١- هو فرض عين للمحتسب لتعينه له وتعاطيه أجراً عليه فلا يستطيع التشاغل عنه بينما هو بالنسبة لغيره فرض كفاية، وهو من نوافل عمله ويجوز له أن يتشاغل عنه.

٢- المحتسب منصوب للاستعداد إليه فيما يجب إنكاره، ويجب عليه إجابة من استعداه، أما المتطوع فلم ينصب لهذا ولا يلزمه الاستجابة إليه إلا عند الضرورة.

٣- المحتسب يبحث عن المنكرات الظاهرة يتبعها لينكرها علي فاعليها، كما يفحص ما ترك من المعروف الظاهر ليأمر بإقامته وليس علي المتطوع ذلك.

٤- إن المحتسب له أن يتخذ أعاوناً يتدبهم، وله أن يعزر في المنكرات الظاهرة.

وكان لوالي الحسبة أن يولي عنه نواباً في سائر البلاد والأماكن، وله أن يجلس في المسجد كل يوم يعطوف نوابه علي أرباب الحرف والمعاش. ولا بد في المحتسب أن يكون عالماً من أهل الاجتهاد في أحكام الدين، وإذا كانت مسألة تختلف فيها وجهة النظر حمل الناس علي رأيه واجتهاده، وقيل ليس له ذلك، وعلي هذا الرأي لا يشترط في المحتسب أن يكون مجتهداً ويكفي أن يكون عارفاً بالمنكرات المتفق عليها.

ولا ينبغي أن يؤاخذ الناس بأول ذنب يصدر منهم إذ الناس غير معصومين، فإذا عثر علي من نقص في مكيال أو بخس في ميزان أو غش في بيع إلي غير ذلك مما هو من اختصاصه، استتاب فاعله وأنذره فإن عاد عززه بما يليق، كما ينبغي أن

يلارم الأسواق والدروب في أوقات السفلة ويتخذ له عيونا، وبذا يكون الإسلام في العفو عن الجريمة الأولى ومحو أثرها واستتابة الشخص أسبق من سائر القوانين وأبعد منها مدي.

اختصاص والده الحسبة :

يأمر بالمعروف وينهي عن المنكر، ويحمل الناس علي المصالح العامة في المدائن ويمنع من المضايقة في الطرقات من برود الخوانيت أو وضع السلع فيها حتي لا يعوق نظام المرور، ومنع الحمالين وأهل السفن من الإكثار من الحمل، فقد روي أن عمر ضرب حمالا لأنه حمل جملة مالا يطيق. ومن عمله الحكم علي أهل المباني المتداخلة للسقوط بهدمها وإزالة ما يتوقع منها من أضرار، ومنع معلمي الصبية من ضربهم ضرباً مبرحاً، ومنع التعدي علي حدود الجيران، ويجوز أن يستعدي إليه الناس^(١) فيما يتعلق بحقوقهم الداخلة في وظيفته مثل بخس في كيل أو تطفيف في وزن أو غش أو تدليس في بيع، وحمل الماطلين علي الإنصاف لأن الاستعداد في هذا للتجاحد والتناكر^(٢)، بل كان الحال يصل بالمحتسب أن يمر علي أرباب المناصب العظيمة إذا رأي تقصيراً فيما يلزم فعله منهم^(٣)، ولا يتوقف عمل المحتسب وحكمه علي نزاع أو استعداد بل له أن ينظر ويحكم فيما وصل إلي

(١) يقول الماوردي ص ٢٣٢ وليس هذا علي عموم الدعاوي وإنما يختص بثلاثة أنواع : الأول ما يتعلق ببخس أو تطفيف في كيل أو وزن، الثاني ما يتعلق بغش أو تدليس في بيع أو ثمن، الثالث فيما يتعلق بمطل وتأخير لدين مستحق مع المكنة لتعلق هذه الدعاوي دون غيرها بمنكر ظاهر هو منصوب لإراسته.

(٢) فليس له سماع الدعاوي الخارجة عن ظواهر المتكرات كالدعاوي المتعلقة بالعقود والمعاملات وسائر الحقوق التي تتوقف علي الدعوي وتسمع فيها البيّنات.

(٣) يروي أن أحد المحتسبين في بغداد مر يوماً علي باب القاضي ابن حماد فرأي المحصوم جلوساً علي بابه ينتظرون جلوسه لينظر بينهم وقد علا النهار وهجرت الشمس، فوقف واستدعي حاجبه وقال له : بلغ القاضي أن المحصوم جلوس بالباب وقد بلغت الشمس وتأذوا بالانتظار فإما جلست وإما بلغتهم هلرك لينصرفوا.

علمه من أي طريق، وليس له أن يسمع بينة علي إثبات الحق، ولا أن يحلف يميناً علي نفيه، وقد أطلال الماوردي في بيان اختصاصات والي الحسبة^(١).

وموضوع الحسبة إلزام الحقوق والمعونة علي استيفائها، فوظيفة القاضي الحكم بين الناس بطريق الإلزام، أما وظيفة المحتسب فهي النظر فيما يتعلق بالنظام العام والآداب مما لا ينبغي لأحد مخالفته أو الخروج عليه، وفي الجنايات أحياناً مما يحتاج الفصل فيها إلي سرعة، أما وظيفة والي المظالم فهي من ورائهما إذ ينظر واليها أيضاً ما استعصي من أحكام علي القاضي والمحتسب.

وأخيراً فإن ولاية الحسبة في الفقه الإسلامي تشبه في الجملة دون التفاصيل النيابة العامة في النظم الحالية، والمحتسب من ناحية أصل الفكرة يقوم بعمله الآن

(١) وفي الأحكام السلطانية ص ٢٣٢ قد بين الماوردي اختصاصات والي الحسبة وقال إنها تشتمل علي فصلين أحدهما الأمر بالمعروف: ومنه ما يتعلق بحق الله في الجماعة كترك صلاة الجمعة في وطن مسكون به عدد ممن تجب بهم صلاة الجمعة اتفاقاً، فإن من عمل المحتسب أمرهم بإقامتها أو تعزيرهم، وما تعلق بحق الله في الأفراد كتأخير الصلاة حتي يخرج وقتها فإنه إذا كان إعمالاً أدبه، وهكذا كل أوامره بالمعروف في حقوق الله.

وما يتعلق بحق الأديين من الأمر بالمعروف عاماً كالبلد إذا تعطل شربه أو استهدم سوره ولا مال في بيت المال فإنه يطلب إصلاحه من كافة ذوي المكانة، ولم يكن له أن يأخذ الناس جبراً بالعمارة وإنما اعلم السلطان إذ ليست هذه المصلحة من عمله وحسبته، وأما إن كان حقاً خاصاً كالحقوق إذا مطلّت والديون إذا أخرت فللمحتسب أن يأمر بالخروج منها مع المكنة إذا استعداء أصحابها وليس له أن يجبس بها لأن الحبس حكم.

وما تعلق بالأمر بالمعروف في الحقوق المشتركة فكأخذ الأولياء بنكاح الابامي من أكفائهن إذا طلبن وإلزام النساء العدة إذا فورقن.

الفصل الثاني : النهي عن المنكرات : ومنها ما يتعلق بحق الله خالصاً ما تعلق منها بالعبادات أو المعاملات أو المحظورات. ومنها ما ينكر من حقوق الأديين المختصة كمن يتعدى حد جاره وهذا لا يكون إلا باستعداء، ومنها ما ينكر من الحقوق المشتركة كالمنع من الإشراف علي منازل الناس .. وهكذا فقد استرسل في بيان هذه الأقسام وذكر الأمثلة عليها من ص ٢٣٤ - ٢٤٩ آخر الكتاب.

بصفة عامة النائب العام ووكلاؤه لأنهم قائمون علي مراعاة الحقوق العامة المتعلقة بالمجتمع. فهناك بعض شبه من ناحية الاختصاص إذ وظيفة كل منهما تختص بالنظر العام والآداب مما لا ينبغي لأحد مخالفته أو الخروج عليه^(١)، وهناك وجه

(١) يوجد لدي المحاكم بالجمهورية العربية المتحدة نائب عام يعاونه محام عام أول وعدد كاف من المحامين العاملين ومن رؤساء النيابة ووكلائها ومساعدتها ومعاونيها (المادة ٢٨) من القانون ٥٦ لسنة ١٩٥٩ في شأن السلطة القضائية.

والوظيفة الأساسية للنيابة هي مباشرة الاتهام فتتمثل دور المدعي في الدعوي الجنائية لمصلحة الجماعة، ولاتملك التنازل عن الحق في رفع الدعوي بغير أو من باب التسامح، وإذا حصل منها تنازل فلا يفيدها ولا يمنعها من رفع الدعوي، وإذا رفعتها فلا تملك سحبها. وهناك اختصاصات أخرى للنيابة أهمها :

١- النظر في أمر كل من تقع منه مخالفة لواجباته أو تقصير في عمله وله أن يطلب رفع الدعوي التأديبية عليه.

٢- التحقيق في مواد الجنيح والجنايات طبقاً للأحكام المقررة لقاضي التحقيق.

٣- يكون تنفيذ الأحكام الصادرة في الدعوي الجنائية بناء علي طلب النيابة العامة، التي يلزمها أن تبادر إلي تنفيذ الأحكام الواجبة التنفيذ الصادرة في الدعوي الجنائية.

٤- تولي رعاية مصالح عديمي الأهلية والغائبين والتحفظ علي أموالهم والإشراف علي إدارتها.

٥- إبداء الرأي في بعض القضايا المدنية المرفوعة إلي القضاء باعتبارها طرفاً منضماً، وقد يكون هذا واجباً كالتدخل في القضايا المدنية أمام محكمة النقض في جميع الأحوال، وقد يكون متروكاً لتقدير النيابة فيجوز لها أن تتدخل في قضايا الأحوال الشخصية التي تقضي فيها المحاكم الجزئية.

٦- الإشراف علي السجون وغيرها من الأماكن التي تنفذ فيها الأحكام الجزئية.

٧- الإشراف علي الأعمال المتعلقة بنفوذ المحاكم.

٨- رفع الدعوي في غير المسائل الجنائية فطبقاً للمادة (١٠٩) من قانون السلطة القضائية تقام الدعوي التأديبية علي القضاء من النائب العام بناء علي طلب وزير العدل أو مجلس القضاء الأعلى أو الجمعية العمومية للمحكمة التي يتبعها القاضي (راجع كل هذا في شرح قانون الإجراءات الجنائية للأستاذ الدكتور محمود مصطفى أستاذ قانون العقوبات والإجراءات الجنائية وعميد كلية حقوق القاهرة السابق).

شبه من ناحية صلتها بالقضاء ومنزلتها منه فكلاهما متصل بالقضاء وكلاهما دونه في المرتبة^(١)، وهناك وجه شبه من ناحية ما يشترط في الشخص ليكون أهلاً لتولي هذه الوظيفة فيشترط فيه أن يكون عالماً من أهل الاجتهاد في أحكام الدين، فلا مانع من توليه القضاء عند توافر شروطه فيه، وللمحتسب أن ينيب عنه نواباً في سائر البلاد وأن يستعين برجال الشرطة، وكذا فإن النائب العام يكون من بين رجال القضاء، ووكلاؤه لابد أن يكونوا ممن يصلحون للتعيين في وظائف القضاء وهم في أعمالهم يستعينون برجال الشرطة أيضاً^(٢).

وإن كانت هناك فوارق كثيرة تفصل بينهما، إلا أنها بصفة عامة لا تمنع من جعل وظيفة الحسبة في الفقه الإسلامي أساساً لوظيفة النيابة العامة الآن، كما أن مبادئ الفقه الإسلامي لا تمنع تطوير النظم في الدولة بما يتلاءم مع حضارة العصر ويحفظ كيان الجماعة ويسائر مصالح الناس.

هذا، وبالجملة فالنيابة العامة تشتمل النيابة الجنائية وهي المقصود عند الإطلاق، ونيابة الأحوال الشخصية التي تسهر علي رعاية أموال القصر والمحجور عليهم. وقد اقتضت ضرورة اتساع العمل لمهمة عمل النيابة وتقسيمه إلى عدة نيابات : نيابة أمن الدولة وتنتظر في الجنايات والجنح المضرة بأمن الحكومة من جهة الخارج وبعض الجرائم التي تضر بأمنها في الداخل، ونيابة المخدرات، ونيابة الأحداث، ونيابة المرور، ومعظم أعضائها من رجال الشرطة استثناء. كما توجد نيابة للشئون المالية والاقتصادية، ونيابة عسكرية لأمور الترمين وهي غير النيابة العسكرية التي تختص بنظر الجرائم الخاصة بالمسكرين في وزارة الحربية لما لهم من خصائص مميزة - وهي تشبه إلى حد ما النيابة الإدارية.

(١) يقول الأستاذ الدكتور محمود مصطفى في المرجع السابق ص ٥٥ «وأعمال النيابة لاتصل في خطورتها إلى درجة أعمال القضاء».

(٢) يكون تعيين النائب العام أو المحامي العام الأول من بين مستشاري محكمة النقض أو مستشاري محاكم الاستئناف أو من في درجتهم من رجال القضاء أو النيابة، والنائب العام هو المكلف أصلاً بمباشرة الدعوى الجنائية في سائر أنحاء القطر، يقوم بذلك بنفسه أو بواسطة أحد أعضاء النيابة «م ٢قرة أولي أ.ج» راجع المصدر السابق ص ٤٥، ٤٧.

القسم الرابع

بعض النظريات العامة
في الفقه الإسلامي

نظرية الحق

وستتناول الكلام عنها في فصول ثلاثة : الأول في منشأ الحق وأقسامه، الثاني فيمن يثبت له الحق، الثالث في حق الملكية

الفصل الأول

منشأ الحق وأقسامه

قلنا إن النظريات هي المفاهيم الكبرى التي يولف كل منها علي حدة نظاماً حقوقياً موضوعياً في الفقه الإسلامي، متحكماً في كل ما يتصل بموضوعه^(١). ودراسة هذه النظريات من غير شك تعطي الدارس ملكة فقهية عاجلة، وتجمع له شتات الفكرة، وتبهر له الطريق، وتيسر له السبيل.

وقلنا إن فقهاء الشريعة لم يتجهوا قديماً إلي استخراج النظريات العامة والكتابة عنها، وإن كانوا قد كتبوا عن القواعد وتوسعوا فيها.

وإن ما سنتناوله هنا من النظريات العامة تحتاج كل نظرية منها إلي مجلد خاص لاستيعابها مما لا يتسع له هذا المدخل، ولذا فإننا سنعمل هنا علي مجرد توضيح الفكرة والخطوط العامة مع المقارنة الإجمالية ليتعرف القارئ علي مجموعة من النظريات في الفقه الإسلامي ولو معرفة عامة، ولكي لا ننقل عليه أو نرهقه.

تعريف الحق :

الحق في اللغة العربية له عدة معان ترجع كلها في الواقع إلي الثبوت والوجوب ومن هذا قول الله تعالى^(٢) : ﴿لقد حق القول علي أكثرهم فهم

(١) انظر في هذا الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد للأستاذ مصطفى الزرقا ص ٢١٦ وما قدمناه قبل.

(٢) سورة يس ج ٧/٢٢.

لا يؤمنون». أي ثبت ووجب عليهم، ومنه قوله تعالى ^(١): «ليحق الحق ويبطل الباطل» أي يثبت الحق ويظهره.

ولم يعد فقهاء الشريعة الإسلامية في فهمهم للحق وتصويرهم له عن هذا المعنى اللغوي، فلم نقف لهم علي تعريف مصطلح عليه لكلمة حق، وإنما يعمدون إلي المعنى اللغوي، وكل ما استطعنا الوقوف عليه، أن أحد الفقهاء ^(٢) قال: «الحق الموجود، والمراد به هنا حكم يثبت» فهو إذاً قد عرف الحق بأنه هو الحكم ^(٣) الذي قرره الشارع.

والشرعيون لم يصطلحوا علي تفسير خاص للحق اكتفاء بمعناه اللغوي، ومع هذا فقد وردت عدة تعريفات له، يقول الأستاذ الشيخ علي الخفيف ^(٤): «وهو مصلحة مستحقة شرعاً» ويعرفه الأستاذ الزرقا ^(٥): «بأنه اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفاً».

وفقهاء القانون في العصور الحديثة اتجهوا إلي أن الحق سلطة يقررها القانون لشخص معين بالنسبة لفعل معين ^(٦)، أو أنه مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون ^(٧).

(١) سورة الأنفال جـ ٨/٩.

(٢) هو الفقيه عبد الحليم بن محمد أمين الكندي صاحب حاشية قمر الأقطار علي كتاب نور الأنوار شرح المنار.

(٣) الحكم هو خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاء أو تخيراً أو وضعاً. راجع لنا مباحث الحكم عند الأصوليين مع أن الحق عند الفقهاء أثر الخطاب وليس نفس الخطاب.

(٤) في مذكراته عن الحق والذمة لطلبة الدراسات العليا ص ٣٦.

(٥) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد جـ ٢ ص ١١.

(٦) نظرية الحق للأستاذ الدكتور محمد سامي مذكور ص ٩.

(٧) الأستاذ الدكتور السنهوري مصادر الحق جـ ١ ص ٤ الطبعة الثانية سنة ١٩٥٨.

منشأ الحق ،

من أقدم العصور والآراء تتجه إلي الإقرار بفكرة الحق، وإن كانت مختلفة في مواقع الحقوق وحرمتها، وكان ذلك سبباً في التشاحن والمنازعة بين الناس .

وقد أشرنا قبل إلي أن حقوق الأفراد في نظر الفقه الإسلامي ليست حقوقاً طبيعية، ولكنها منح إلهية تستند إلي المصادر التي تستنبط منها الأحكام الشرعية، فلا يوجد حق شرعي من غير دليل عليه، ألا تري أنهم يقولون «المراد بالحق، حكم يثبت». وأنه مصلحة مستحقة شرعاً. وهذا يفيد بكل وضوح أن الحق يثبت من قبل الشارع لأن هذا هو مفهوم كلمة حكم عند الشرعيين.

ومادام الحق هو الحكم الثابت، فإن الميثب للحقوق بداهة هو الشارع وليس لأحد معه تشريع في أي ناحية^(١). فالشريعة الإسلامية باعتبارها خاتم الشرائع جاءت بالكثير من النظم المدنية حماية للحقوق وتقديساً لها، وأوصلتها بإرادة الله تعالى.

وعلي هذا فالحق في الفقه الإسلامي وليد الشرائع ولم يكن حقاً طبيعياً، وإنما هو منحة إلهية يعطيها للأفراد وفق ما يقضي به صالح الجماعة.

وعلي هذا فقد قيدت حقوق الأفراد في استعمالها بمراعاة مصلحة الغير وعدم الإضرار بالجماعة، فليس للفرد مطلق الحرية في استعمال حقه كما كان عليه فقهاء القانون حتي العصر الحديث، بمعنى أنه السيد المطلق الذي لا يحد من سلطانه في ذلك أي إنسان حتي لو تعسف في استعمال ذلك الحق وأضر بالآخرين.

وفقهاء القانون حديثاً أدركوا ماقرره الفقه الإسلامي من إبان عصوره الأولى، وبعدها عن المذهب الفردي واتجهوا إلي أن القانون هو الذي ينشئ الحقوق ويمنحها للأفراد وفق مايقضي به الصالح العام، وعرف هذا بالمذهب الاجتماعي تبعاً لأن المجتمع هو الأساس في نظره doctrine droit social فهم لم يخالفوا الفقه الإسلامي في المبدأ إلا من ناحية المصدر، فمصدره عندنا هو الشارع

(١) راجع في ذلك موضوع الحاكم في كتابنا مباحث الحكم عند الأصوليين.

بأحكامه التي نص عليها أو التي وضع الإمارات ليستتبها الفقهاء بالرأي، أما عندهم فمصدر الحق هو القانون^(١)، غير أن القانون في إثباته للحق إنما يعتمد علي

(١) القانون وإن كان يقوم أساساً علي تقرير الحقوق من ناحية وفرض الواجبات من ناحية أخرى إلا أن فقهاء القانون يتجادلون فيما إذا كان القانون هو المؤسس علي الحق أم الحق هو المؤسس علي القانون، فقد كان اتجاه رجال القانون في الألمان السالفة حتي نهاية القرن الثامن عشر إلي أن الفرد يولد مزوداً بحقوق طبيعية لصيقة بصفته الإنسانية من قبل أن يوجد القانون أو تقوم الجماعة، بل إن القانون لا يوجد والجماعات لا تقوم إلا لحماية هذه الحقوق وتمكين الأفراد من التمتع بها، وهذا الاتجاه هو ما عرف بالمذهب الفردي *doctrine du droit individuel* وهو الذي خلفته مدرسة القانون الطبيعي والمدرسة الفلسفية التي تميز بها القرن الثامن عشر.

وفي العصر الحديث نبئت فكرة مضادة عند رجال القانون هي أن القانون هو الذي ينشئ الحقوق ويمتحنها للأفراد وفق ما يقضي به صالح الجماعة علي ما ذكرنا عليه.

وفي نظرية الحق للأستاذ الدكتور محمد سامي مذكور ص ٣ طبعة سنة ١٩٥٣ إن الخلاف بين المذاهب من ناحية ثبوت الحقوق لأصحابها نظري إذ لا يقوم في الوقت الحاضر تشريع واحد ينحصر اختياراً مطلقاً إلي المذهب الفردي، وإنما جرت التشريعات علي المزج بين المذاهب، وأصبح من المقرر وفقاً لهذا المذهب المركب *systeme trans-personnel* أنه لايجوز لأحد أن يتمسك بحق لا يستند إلي قاعدة قانونية، فالقانون في التشريع الحديث هو مصدر الحقوق جميعاً.

هذا والشرائع والقوانين حينما تقرر حقاً تنشئ في الوقت ذاته واجباً مقررأ علي الكافة نحو هذا الحق وهو واجب سلمي يقتصر علي مجرد احترام الحدود المرسومة له.

علي أن وجود فكرة الحق تعرضت لهجوم شديد من جانب بعض الفقهاء الذين أنكروا جدواها ووجودها، وكان أعنفهم في ذلك الفقيه الفرنسي ديجي *Duguit* والحق عنده هو قدرة أو سلطة إرادية لصاحبه علي فرد من الأفراد هو المتحمل بعبء الواجب القابل لهذا الحق. أي أن الحق، يفترض إخضاع إرادة إنسانية هي إرادة فرد من الأفراد لإرادة إنسانية أخرى هي إرادة صاحب الحق. ولقد عرض هذا الرأي وناقشه الزميل الأستاذ الدكتور حسن كيرة في كتابه المدخل للقانون سنة ١٩٥٤ من ص ٣٤٤.

ومن ينظر إلي الحق من خلال صاحبه يعرفه بأنه تلك القدرة أو السلطة الإدارية المعطاة لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم، ومن ينظر إليه من خلال الموضوع يعرفه بأنه مصلحة يحميها القانون، ولكن الفقه الحديث ينظر إلي الحق عند تعريفه إلي صاحبه وإلي الموضوع معاً، ويعرفه بأنه سلطة يقررها القانون لشخص معين بالنسبة لفعل معين.

وقائع أو أحداث أو أمور معينة يعتبرها مصادر الحق المباشر التي تولده، وهي لا تقتصر على تولد الحق وإنشائه بل تمتد إلى نقله أو تغييره أو انقضائه، وقد ردوا هذه المصادر المباشرة إلى نوعين أساسيين: الواقعة القانونية والتصرف القانوني^(١).

إطلاقات كلمة الحق:

وللحق إطلاقات مختلفة عند فقهاء المسلمين^(٢) منها ما هو عام شامل لكل حق فيشمل الملك سواء أكان نقداً أم منقولاً أم عقاراً أم ديناً^(٣) أم منفعة^(٤) أم أمراً آخر كالحقوق المجردة. وهي أمور اعتبارية وأوصاف شرعية تجعل من ثبت له قادراً على تحصيل ما تعلقت به كحق الانتفاع، وحق التملك، والخيارات، وحق إمساك الصغير، وحق ولاية التصرف في مال الغير، والولاية على النفس، إلى غير ذلك من الحقوق الاعتبارية.

وتارة يريدون منه الحق المجرد فقط، وأكثر ما يكون ذلك إذا استعمل في مقابلة الملك والمال كما جاء في الوصايا والموارث وبعض مواطن من الوقف.

وتارة يطلقون الحقوق ويريدون منها مرافق العقار كحق الشرب والمسيل وحق الجوار وحق الطريق وحق التعلي، ويطلقونه أحياناً ويريدون به ما يتبع العقد من التزامات ومطالبات تتصل بتنفيذ أحكامه وتمكن كل عاقد مما أعطاه له العقد من

(١) الواقعة القانونية هي كل عمل مادي طبيعي أو اختياري يرتب القانون عليه أثراً قانونياً من إنشاء حق أو نقله أو تغييره أو زواله، والتصرف القانوني هو عمل إرادي محض إذ هو انجاء الإرادة نحو إحداث أثر قانوني من إنشاء حق أو نقله أو تغييره أو انقضائه.

(٢) كفاية المتخصصين لاستاذنا الشيخ السهوري ص ٢٣.

(٣) الدين : وصف ثابت في الذمة يثبت به الحق في المطالبة، ومادام الدين وصفاً لاعتين فهو في الواقع لا يكون مالا، راجع تفصيل ذلك في كتابنا الوصايا في الفقه الإسلامي.

(٣) المنافع كل ما يستفاد من الأشياء مما لا يمكن حيالته بنفسه كسكني الدار وقراءة الكتاب وركوب الدابة.

حكم، مثل ضمان خلو المعقود عليه من العيوب ومطابقته لأوصاف العقد والتزام البائع برد المبيع عند اكتشاف العيب، والتزامه بتسليم المبيع وأداء الثمن، والمطالبة بإيفاء الزوجة عاجل صداقها إلي غير ذلك مما بحثوه في كتاب الوكالة من ناحية من الذي ترجع عليه هذه الحقوق، هل الوكيل أم الأصل الذي ترجع إليه أحكام العقد علي ما سنبينه في نظرية العقد.

أقسام الحق :

يختلف تقسيم الحق تبعاً لاختلاف المعني الذي يدور عليه التقسيم، فله أقسام كثيرة، لايعتينا منها هنا إلا أقسامه من ناحية من يضاف إليه الحق، وهو بهذا الاعتبار ينقسم كما يري الأحناف ومن تابعهم إلي قسمين^(١) :

حق الله، وحق العبد، وفرعوا منهما قسمين آخرين : هما ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب، أو حق العبد غالب.

حق الله :

الأحناف ومن تابعهم يريدون بحق الله كل ما يتعلق به النفع العام دون مراعاة أفراد، وهو أشبه ما يكون في القانون بالأمور المتعلقة بالنظام العام. غير أنه عندنا شامل للمصلحة العامة الأخروية والدنيوية ولا يخرج عنه إلا المصلحة الدنيوية الخاصة، ونسبته إلي الله قصد بها الإعلاء من شأنه، وأن يحرص الناس عليه دون إهمال أو تقصير. ومثلوا لذلك بحرمة الزني التي يتعلق بها عموم النفع من سلامة الأنساب وصيانة الفراش، ومنع الضغائن والمنارعات بين الناس، واعتبروا من حقوق الله الخالصة التي لايمكن لأحد إسقاطها أو التنازل عنها :

(١) أما الشاطبي فيري حق الله وحق العبد ثابتين في كل حكم، ويرى أن حق الله هو عبادته وامتناله وأمره واجتناب نواهيه، وحق العبد ما فيه مصلحة للعباد إما عاجلاً وإما أجلاً فهو شامل لمصالحهم جميعاً في الدنيا وهو من ناحية النظر إلي حق الفرد يقابل الأحكام التي ينظمها القانون الخاص، ومن ناحية النظر إلي حق الجماعة والصالح العام يقابل ماكان من النظام العام في العرف القانوني.

العشور والخراج وعقوبة السرقة والزني وشرب الخمر والتعزيرات وحرمان القاتل لمورثه أو للموصي من الإرث أو الوصية، ومنه الجهاد في سبيل الله، فإنها كلها من حقوق الله شرعت للمصلحة العامة من غير أن يشوبها أي غرض شخصي، ولذا فإنها لا تسقط بإسقاط أحد، وجبايتها وإقامتها إنما هو للصالح العام، وفي شيء من ذلك يقول الرسول، وقد جاءه أسامة يشفع للشارق «يا أسامة أتشفع في حد من حدود الله؟» إنما أهلك من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه وإذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد، والذي نفس محمد بيده لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها» وكذا فإن حق الله لا يستباح بإباحة أحد. فلو أباحت امرأة لآخر أن يزني بها فإن الحرمة قائمة والجزاء واقع عليه أيضاً رغم إباحتها له ذلك.

حقوق العبد

وهي التي تتعلق بالأفراد وليس للنظام العام فيها دخل، وهي قريبة من المسائل التي ينظمها القانون الخاص في القوانين الوضعية.

وعرف الأحناف ومن تابعهم حق العبد بأنه ما يتعلق به مصلحة خاصة دنيوية كحرمة مال الغير، فإنها حق العبد لتعلق بصيانة ماله، ولهذا فإنه يستباح بإباحة المالك بخلاف حق الله فإنه لا يستباح علي ما بينا. وهذا النوع يتناول كل ما شرع لمصلحة دنيوية خاصة بالفرد دون المجموع كحق الدية وبدل المتلفات وبدل المغصوب وحق الشفعة وحق المشتري في تملك المبيع وحق البائع في تملك الثمن، وحق كل من الزوجين قبل الآخر، إلى غير ذلك مما تناوله القانون الخاص.

ويري الحنفية أن حق الله وحق العبد إذا اجتمعا في شيء ونفذ أحدهما سقط الآخر، وقالوا «لا يجتمع قطع وتغريم في سرقة»، «ولا يجتمع حد وصدقة في إكراه علي الزني» بينما يري غيرهم أنه لا تنافي بين الحقين فلا يمنع تنفيذ أحدهما تنفيذ الآخر.

وقد فرق الفقهاء بين هذا الحق وبين مجرد حق الوصول إليه مما يسمي في الفقه الغربي بالرخصة. فمثلا حرية الشخص في التملك والزواج مجرد رخصة

لا يثبت له بذلك ملك أو معاشرة، فالإنسان يملك أن يملك أربعين شاة ومع هذا فلا يعد قبل الشراء مالكا ولا تحب عليه الزكاة، ويملك الإنسان أن يتزوج ومع هذا فلا يعد قبل الزواج زوجاً، ولا يجب عليه مهر أو نفقة، وقد نص الفقهاء على ذلك فقالوا^(١) «الحق غير منحصر في الملك بل حق التملك أيضاً حق، وحق التملك للمشتري لا يعارض حقيقة الملك للبائع لكونها أقوى منه».

ومع هذا فهناك منزلة وسط بين الحق والرخصة التي هي مجرد الإباحة تثبت لمن يجري له سبب يقتضي المطالبة بالتملك فإنه يمكن أن يعطي حكم من تملك ولو في الجملة، فإذا باع أحد الشريكين حصته في العقار فإن للشريك الآخر حقاً ثابتاً بمقتضى البيع وهو حق الشفعة، وبمجرد طلب الشفعة يتقرر حقه، فهو بهذا يعتبر في منزلة أعلي من مجرد إباحة الشراء وأدني من حق المالك، وكذا حق الدائن في تركة المتوفي المستغرقة بالدين^(٢).

ويمكن مع هذا اعتبار هذا النوع حقاً شبه عيني يسوغ لصاحبه حق تتبع المال مهما اختلفت عليه الأيدي طبقاً للقاعدة الفقهية القائلة «إن دعوي العين لانقاص إلا علي ذي يد» والفقير العاجز عن الكسب الذي ليس له قريب تحب عليه نفقته، تحقق له سبب يقتضي أن يملك من بيت المال ما يكفي حاجته ومن يعول، فإنه إذا سرق من بيت المال قدر ما يكفيه قيل إنه لا يقام عليه الحد لوجود سبب المطالبة بالتملك، فهو مالك من حيث الجملة تنزيلاً لسبب السبب منزلة السبب، وإقامة

(١) الدرر المحكام في شرح غرر الأحكام ج ٢ ص ١٤٤ مطبعة الإستانة سنة ١٣٣٠ هـ.

(٢) الدر المختار ج ٤ ص ٣٤٠ كتاب القضاء، وفي الفتح ج ٥ ص ٧٨ «وللموجب أن يرجع قبل قبول الآخر، لأن الثابت له بعد الإيجاب حق التملك، والموجب هو الذي أثبت له هذه الولاية فله أن يرفعها.

فحق التملك لا يعارض حقيقة الملك . . .»

للسبب البعيد مقام السبب القريب، مع أنه لا يملك التفقه إلا بالمطالبة والقبض، وقيل يقام عليه الحد لأنه لا يعد مالكا وهو المشهور^(١)

هذا وإن كان القانون فرق بين الحق والرخصة تفرقة الفقه الإسلامي فإنه لم يعرف المنزلة التي بينهما إلا في أحدث العهود، فإن الفقه الإسلامي أسبق في معرفتها من زمن بعيد^(٢).

ومع هذا ففقهاء الشريعة قديماً لم يتجهوا إلى الكتابة عن نظرية الحق ولا نعلم رغم الاستيعاب والتقصي أن أحدا كتب عنها، بينما فقهاء القانون خدموا هذه النظرية وكتبوا عنها وقسموا الحق إلى حقوق دولية كحق السيادة الإقليمية، وحق السيادة الشخصية المقررة للدولة علي رعاياها في الخارج وحق الحرب ونحو ذلك، وحقوق داخلية سياسية كانت كحق المشاركة في الحكم، وحق الانتخاب أو الترشيح وتولي الوظائف العامة. أم كانت حقوقاً عامة تتعلق بالحريات العامة التي ينصب عمل القانون علي تنظيمها تنظيمًا اجتماعياً كحق الشخص في استقلال تفكيره وحرمة مسكنه وحرية انتقاله، وهذه ليست بحقوق مالية ولا تقوم بمال وتمتنع عن التعامل بالنقل أو التنازل، وهي لا تكتسب ولا تنقضي بالتقادم، أم كانت حقوقاً خاصة «مدنية» عائلية كانت أو مالية.

(١) راجع الفروق لأبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي مفتي المالكية ج ٣ ص ٢٠، ٢٢ الطبعة الأولى سنة ١٣٤٦ هـ حيث تكلم عن الفرق بين قاعدة من ملك أن يملك هل يعد مالكا أم لا، وبين قاعدة من انعقد له سبب المطالبة بالملك هل يعد مالكا أم لا.

(٢) راجع النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية للأستاذ الدكتور شفيق شحاته ص ٢٦٥، ومصادر الحق للأستاذ الدكتور السهوري ج ١ ص ٥.

وقسموا الحقوق المالية التي هي المقصودة بالدرس في مدخل القانون إلى حقوق شخصية^(١) وحقوق معنوية^(٢) أصلية كانت أو تبعية. علي ما هو مبين في كتب مدخل القانون^(٣)

(١) الحق الشخصي كما يراه القانون هو مجرد حق مطالبة الغير بفعل شيء أو تركه، والواقع أن التفرقة بين هذا النوع من الحقوق وبين الحق العيني يكاد يكون غير متميز في الفقه الإسلامي وسبب ذلك أن الفقهاء عند تفرقتهم بين الدين والعين جعلوا الالتزام بالعين أقرب من الحق العيني في خصائصه، وأصبح ينصب علي العين بالتزامات كالحق العيني تماماً، ولذا فإنه يمكن إدماجه فيه، راجع للكاساني البدائع ج ٦ ص ٨ وقد كتب الأستاذ الدكتور السهوري في مصادر الحق الجزء الأول ص ٢١ محاولاً القول بأن التمييز بين الدين والعين في الفقه الإسلامي بدأ يتطور إلى تمييز بين الحق الشخصي والعيني، ومع هذا فأنتهى إلى وجوب الوقوف عند التمييز بين الدين والعين إذ هو التمييز البارز في الفقه الإسلامي، وناقش الأستاذ الدكتور شفيق شعاعته ما قاله في كتابه نظرية الالتزام في الشريعة الإسلامية.

(٢) الحقوق المعنوية ستكون عنها بعد، أما الحق المعنوي فهو السلطة المقررة للشخص علي شيء لا يدرك بالحواس كالأفكار والاختراعات والشهرة التجارية، ولذا نشأ ما سماه بعض فقهاء القانون بالملكية الأدبية والملكية الفنية والملكية التجارية.

وقيل إن الحقوق المعنوية تعتبر حقوقاً عينية لأنها أشبه بحق المالك في ملكه إلا أن الحقوق المعنوية تفتقر عنها لأنها لم تكن قاصرة علي الربح المادي فقط، وإنما علي الشهرة الأدبية والفنية والتجارية، كما أن الانتفاع بها لا يكون قاصراً علي أصحابها فقط إذ لا يمكن استغلال هذا الحق إلا بتدخل الغير تدخلاً إيجابياً والانتفاع بفكرته أو اختراعه، والقانون المدني الجديد لم ينظم الحقوق المعنوية في صلب مواده وإنما اكتفى بالقول بأن الحقوق التي ترد علي شيء غير مادي تنظمها قوانين خاصة (م ٨٦).

وهناك من الفروع والجزئيات الفقهية المنشورة في مختلف كتب مذاهب الفقه الإسلامي ما يمكن أن يستخرج منها هذا النوع من الحقوق تخرجاً علي قاعدة المصالح المرسله في مجال الحقوق الخاصة، ومراعاة لمصالح الناس التي هي إحدى دعائم التشريع الإسلامي.

(٣) راجع في ذلك نظرية الحق للأستاذ الدكتور محمد سامي مذكور، والمدخل للقانون الخاص للأستاذ الدكتور البدرائي، والمدخل للقانون للأستاذ الدكتور حسن كير.

هذا وستناول هنا الحقوق فى الفقه الإسلامى من ناحية مآليتها وقبولها للإرث والسقوط .

الحقوق المآلية ومغير المآلية :

١- الحقوق المآلية : وهى التى تتعلق بالأموال ومنافعها كحق تملك الأعيان والديون والمنافع ، وهذا النوع من الحقوق هو المشار إليه فى قول الرسول عليه الصلاة والسلام : «من ترك مالا أو حقاً فلورثته» ، وهى كثيرة : منها الاستحقاق فى الوقف بمعنى مجرد الاستحقاق لا نفس الغلة الناتجة ، ومنها حق الشفعة ، ومنها الخيارات ، ومنها حقوق الارتفاق ، ومنها حق الغنم فى الغنمة بعد إحرازها وقبل قسمتها فالغنائم ليس له قبل القسمة ملك حقيقى وإنما له حق فى أن يملك ، ومنها عند بعض الفقهاء حق الوارث فى التركة قبل قسمتها : فهم يرون أن التركة كالغنيمة لا تملك إلا بالقسمة وليس للوارث قبلها إلا حق أن يملك ، ومنها حق الموصى له فى قبول الوصية أو ردها بعد موت الموصى ، وحق الموصى فى الرجوع عن وصيته . ومنها حق الواقف فى الولاية على وقفه ، ونصب قوامه وعزلهم .

والحق المآلى قد يكون حقاً شخصياً وهو ما يقره الشرع لشخص على آخر وهذا يكون إما بإحداث فعل أو تركه كحق المشتري فى تسليم المبيع والبائع فى تسليم الثمن ، وحق المودع فى الأستعمال الوديع الشئ المودع ، وقد يكون حقاً عينياً وهو ما يقره الشرع لشخص على شئ فالرابطة فى الحق الشخصى تكون بين شخصين بينما العلاقة فى الحق العينى بين شخص وشئ أى أن عنصره هما : صاحب الحق ، ومحل الحق .

وأستيفاء الحق الشخصى إنما يكون بواسطة من عليه الحق بالوفاء أو بمقاضاته أو بالظفر بجنس الحق على ما أجازه الفقهاء ديانة ، ويمكن أن يتصور اجتماع الحقيقتين : الشخصى والعينى فى مسألة واحدة ، فإذا اغتصب منك شخص شيئاً فإن حقتك المتعلقة بهذا الشئ حق عينى ، وحقه قبل الغاصب فى أن يرد لك الشئ المنصوب حق شخصى .

٢- الحقوق غير المالية : هي التي لا تتعلق بالمال ولا ترتبط به . ومن أمثلتها : حق ولي المقتول في القصاص وحقه في العفو عنه ، وحق أحد الزوجين إذا روجه فضولى في إجازة النكاح أو رده ، وحق الزوجة المخيرة في فسخ العقد أو إجازته ، وحق المعتق في ولاء معتقه ، ومن هذا الحقوق العائلية^(١) التي تراعى لمصلحة الأسرة نفسها لا الأفراد باعتبارها اللبنة الأولى في بناء المجتمع ، كسلطة الزوج على زوجته الثابتة بقول الله تعالى : ﴿الرجال قوامون على النساء﴾ ، وولاية الأب على ابنه وحضانة الأم للصغير ، ويمكن إلحاق الحقوق السياسية والطبيعية بهذا النوع .

ما يتول من الحقوق إلى مال أو يعتاض عنها بالمال :

١- الحقوق التي تتول إلى مال أو يعتاض عنها به ، وهذه هي التي تعارفنا اليوم على تسميتها بالحقوق المتقومة كحق القصاص الذى يصح الصلح فيه على مال فينقلب هذا الحق بالصلح مالا ، وحق المتعة للزوج يصح الاعتياض عنه بمال كالخلع والطلاق على مال .

٢- الحقوق التي لا يحصل الاعتياض عنها بمال ولا تتول إلى مال :

وهذه مثل حق الشفعة وحق الخيار^(٢) ومثل الحق في الوظائف المقررة في الجهات الموقوفة عليها ، كالتكايا والمدارس والمساجد ، وهو محل خلاف بين متأخري الفقهاء .

(١) هي سلطات مقررة لشخص علي آخر يرتبط به برابطة القرابة أو المصاهرة أو الزواج الذي هو في الواقع أساس الأسرة .

(٢) علي خلاف في ذلك بين الاحناف وغيرهم إذ يري الاحناف أنها حقوق لا يعتاض عنها بالمال ويخالفهم في ذلك المالكية والشافعية علي ما هو مبين تفصيلا في بحث الشفعة في كتابنا الفقه الإسلامي وفي بحث الخيارات .

هذا وقد فرق متقدمو فقهاء الحنفية بين هذين النوعين من الحق بقولهم : إن الحق إذا كان متقدراً في المحل الذي تعلق به صح الاعتياض عنه ، وإذا لم يكن متقدراً في المحل الذي تعلق به لا يصح الاعتياض عنه . وقالوا : إن الفاصل بين المتقرر وغيره أن ما يتغير بالصلح عما كان قبله فهو متقرر ، وغيره غير متقرر . ففي القصاص مثلاً إذا كانت نفس القاتل مباحة في حق من له القصاص وبالصالح بينهما حصلت للقاتل العصمة في دمه ، فكان القصاص حقا متقدراً ، لأن محله وهي نفس القاتل يتغير حالها بزواله . أما في الشفعة فلإن المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن حقا متقدراً .

لكن متأخري الأحناف جنحوا إلى معنى آخر في التفرقة فقالوا : إنه لا يصح الاعتياض عن الحقوق التي أثبتها الشارع لدفع الضرر عن الذين ثبتت لهم هذه كحق الشفعة وحق الخيار لأن صاحب الحق لما رضى بإسقاط حقه كان ذلك دليلاً على أنه لا يتضرر بذلك ، لذا فإنه لا يستحق شيئاً . أما الحقوق التي أثبتها الشارع لصاحبها أصالة لا على وجه رفع الضرر عن صاحبها ، فإنه يصح الاعتياض عنها كحق القصاص والنكاح ، أي أن المداور عندهم على سبب ثبوت الحق فإن كان سببه رفع الضرر لم يصح الاعتياض عنه متقدراً كان أم لا ، وإن كان الحق ثبت أصالة لا بقصد دفع الضرر صح الاعتياض عنه .

وفي الواقع أن مقاله متقدمو الأحناف ومتأخروهم من تأويلات وتخريجات إنما دفعهم إلى ذلك وجود أحكام فرعية منقولة عن أئمة المذهب فأرادوا أن يضعوا قاعدة يفرقون بها بين ما وجدوا الحكم فيه أنه يصح أن يعتاض عنه بمال أو لا يصح ، ولا تخلو محاولتهم هذه من أن تكون محل مناقشة ، والذي اعتقده أنه لا يصح اعتبار محاولاتهم هذه قاعدة تطبق على ماورد فيه نص فقهي عن أئمة المذهب ومالم يرد ، وأنه لا بد من الرجوع في كل حالة إلى حكمها الخاص .

الحقوق التى تقبل الإسقاط والتجـ لاتقبله :

١- الحقوق التى لاتقبل الإسقاط : الأصل فى الحقوق أن تسقط بالإسقاط بخلاف الأعيان إلا إذا وجدت أسباب أخرى تمنع صاحب الحق من إسقاط حقه، ومن أمثلة الحقوق التى تقبل الإسقاط، حق الشفعة وحق خيار الشرط، وحق خيار العيب إلى غير ذلك.

٢- الحقوق التى لاتسقط بالإسقاط : قلنا إن الأصل فى الحقوق أن تسقط بالإسقاط إلا إذا منع من ذلك مانع من الموانع الآتية :

(أ) حقوق لاتقبل الإسقاط لأنها لم تجب بعد، مثل إسقاط الزوجة نفقتها المستقبلية التى لم يدخل وقتها، ومثل إسقاط حق خيار الرؤية قبل الرؤية، ومثل الولد الذى يقول أسقطت حقى فى الاعتراض على وصية أبى حال حياته ومثل إسقاط الشريك حقه فى الشفعة قبل البيع عند جمهور الفقهاء^(١)، كل هذا لايسقط لان الحق نفسه لم يوجد عند الإسقاط.

(ب) حقوق لاتسقط لأن الشارع اعتبرها وصفاً ذاتياً لصاحبه لازماً له لاينفك عنه، مثل إسقاط الأب والجد حقهما فى الولاية على الصغير، ومثل إسقاط المعتق حقه فى الولاء على معتقه فلا يسقط شئ من ذلك لأنهم أجمعوا على أن الولاية كالأوصاف الذاتية لاتسقط بإسقاط صاحبها ولا بسكوته عن اشتراطها حتى ولو اشترط نفيها من الأصل. وقد قال الإمام أبو يوسف. إن ولاية الواقف على وقفه ثابتة له، شرطها فى عقد الوقف أو لم يشترطها حتى لو نفاها، لأنها إنما تثبت له كآثر من آثار ملكه السابق. فهى من الأوصاف الذاتية التى لاتسقط بالإسقاط.

(١) خلافا للإباضية وبرأهم أخذ القانون المدني الجديد المادة ٩٤٨ راجع لنا الفقه الإسلامى طبعة سنة ١٩٥٥ ص

٢٩٥ الفقرة الأولى «يسقط الحق فى الأخذ بالشفعة إذا نزل الشفع من حقه فى الأخذ بالشفعة ولو قبل

البيع».

(ج) حقوق لا تسقط لأن الإسقاط فيه تغيير للأوضاع الشرعية، مثل إسقاط الواهب حقه في الرجوع في الهبة، وإسقاط الموصى حقه في الرجوع عن الوصية، وإسقاط المطلق رجعيًا حقه في الرجعة، فكل هذا لا يسقط بالإسقاط، فالمانع هنا أن الإسقاط فيه تغيير لحكم الشرع.

(د) حقوق لا تسقط لأن للغير حقًا فيها. مثل إسقاط الحاضنة حقها في الحضانة، ومثل إسقاط المطلق حقه في عدة مطلقة، ومثل إسقاط المسروق منه والمقذوف حقه في حد السرقة والقذف، فإن شيئًا من هذا لا يسقط بالإسقاط، لأن للصغير المحضون حقًا في الحضانة وحق الصغير مقدم، ولأن لله جل شأنه حقًا في وجوب العدة وفي الحدود، وحقه تعالى فيها أغلب من حق العبد فيقدم مراعاة للحق الأغلب^(١).

الحقوق التي تورث والتج لا تورث :

يقول عليه السلام : «من ترك مالا أو حقًا فلورثته، ومن ترك كلاً أو عيالا فإلى» ولا نزاع بين أحد من الفقهاء في أن الأعيان والديون تورث، أما المنافع فإن الأحناف يرون أنها لا تورث، وذهب آخرون إلى أنها تورث. وأما الحق فاختلف الفقهاء فيه من ناحية ما يورث منه وما لا يورث.

ولم يأخذ الفقهاء بقاعدة وراثته الحقوق المطلقة جملة. فبعضهم ينازع في اشتمال الحديث على كلمة الحق، ويرى أن المروى : «من ترك مالا فلورثته». وبعضهم نظر إلى معان أخرى اعتمد عليها وقيد الإطلاق الوارد في الحديث، وذهب آخرون إلى أن المحقوق تورث، وإليك بعض أقوالهم بالنسبة لبعض الحقوق:

(١) راجع التلويح والتوضيح ج ٣ ص ١٢٩، مرآة الأصول الركن الثالث ص ٣١٢ وما بعدها، ففيها ما هو حق العبد خالصاً، وما هو حق الله خالصاً، وما هو مشترك بينهما وحق العبد غالب وما هو مشترك بينهما وحق الله غالب.

فحق الشرب وحق المرور مثلاً، اتفقوا على أنها تورث حتى الأحناف، وعللوا ذلك بأنها من الحقوق المالية^(١)، وحق الكفالة بالدين، وحق حبس المبيع عن المشتري حتى يستوفى البائع عاجل الثمن، وحق حبس الرهن، فإنهم قالوا: إن هذه الحقوق تورث لأنها من الحقوق اللازمة المؤكدة.

أما حق الغنم في الغنمية بعد الإحراز وقبل القسمة، فإن الأحناف يرون أنها لا تورث، أما الشافعي فيرى أنها تورث، وحق خيار العيب فإن الأحناف يرون أنه يثبت للورثة ابتداءً بينما الآخرون يرون أنه يورث، ومثل هذا في خيار التعيين، وخيار الشرط لا يورث عند الأحناف ويبطل بموت من له خيار التعيين، وخيار الشرط لا يورث عند الأحناف ويبطل بموت من له الخيار، بينما يورث عند الآخرين، وفي حق أجل الدين إذا مات المدين فإن الأئمة الثلاثة على أنه لا يورث ويحل الدين على الورثة وهو رواية عن أحمد، أما الرواية الأخرى فهي أن أجل الدين يورث لأن الموت لم يجعل مبطلاً للحقوق وإنما هو علامة على الورثة؛ وقد قال عليه السلام: «من ترك مالا أو حقاً فلورثته».

من هذا ترى أن الأصل عند الأحناف أن الحقوق لا تورث إذا كانت مجرد رغبة ومشية إلا ما كان منها حقاً لعقار على عقار كما في الشرب والمرور ففيها الحق لا يتعلق بالأشخاص، ولذا فهو دائم لازم للعقار صاحب الحق، والحق الثابت للعين ينتقل إلى ورثة من له حق الارتفاق مع العقار نفسه لأنهم يملكونه من مورثهم بما تقرر له على عقار الغير.

وأما في خيار العيب والتعيين فقد ثبت الحق ابتداءً للورثة، لأن مورثهم تم رضاه على أساس سلامة المبيع من العيب، فثبت حقهم في تركته، على أساس

(١) لكن لو كانت هذه الحقوق تثبت للمورث من طريق الوصية فإنها لا تورث «وإذا مات الموصي له تبطل الوصية حتي لاتصير ميراثاً لورثة الموصي له لأن الشرب ليس بعين مال بل هو حق مالي... راجع البدائع ج ٦ ص ١٩٠.

ذلك، ولأنه في خيار التعيين لا بد منه لتمييز ملك الورثة من ملك البائع، وقد تكلم الفقهاء في هذا كثيراً، وليس هنا محل بحثه فارجع إليه إن شئت^(١).

عناصر الحق ،

يستيعب الكلام عن الحق الكلام عن عناصره، فهناك عنصران أساسيان :

الأول : عنصر شخصي :

يتكون من صاحب الحق والمكلف به، وستكلم في فصل خاص عن من يثبت له الحق، ونبين موقف الفقه الإسلامي من الأشخاص الاعتباريين، وما يجب للإلزام والالتزام بالحقوق من أهلية، وما يعترض هذه الأهلية.

الثاني : المحل الذي يرد عليه الحق :

ومحل الحق يختلف باختلاف نومه، فبينما لمجد الحقوق العامة تقع على الأعمال والماديات إذ بنا نرى الحقوق المتعلقة بالانتفاع بالأعيان سواء أكان حق انتفاع شخصي أم عيني فلإنها كلها تقع على أشياء^(٢)، وما دما لا نتكلم في بحثنا

(١) فتح القدير ج ٥ ص ١٢٥ ومابعدا، وكلنا في العناية بهامشه، ص ١٤٩ من نفس الجزء، المغني لابن قدامة ج ٣ ص ٥٨٢، ج ٤ ص ٦٩ و ٤٨٦ و ٥٣٦ ومابعدا. والزيلي ج ٣ وج ٤ والبسوط ج ١٢ في عدة مواضع، رد المحتار ج ٤ ، البدائع ج ٥ في عدة مواضع منها.

(٢) أما الحق الشخصي الذي تكلم عنه القانون الذي هو الالتزام فإنه يقع على عمل المدين إذ هو مجرد حق مطالبة الغير بفعل شيء أو تركه علي ما أشرنا. ولو كان هذا العمل وارداً على شيء مادي معين يؤدي إلى حق عيني إلا أن الحق قليل تنفيذ الالتزام إنما يتعلق بعمل المدين لا العين ومحل الالتزام في الواقع لا يدخل تحت حصر، وكل ما يشترط فيه أن يكون ممكناً مشروعاً م ١٣٢ و ١٣٥ فلا يصح شرعاً الالتزام بتسليم خمر أو خنزير بالنسبة للمسلم، ولا يصح الالتزام بالأموال الربوية لورود حكم الشرع بالنهاي عنها وعدم صلاحيتها للتعاقد حتي تكون محلاً للالتزام، والحقوق الشخصية في الواقع لا تتخلو من أن تكون التزاماً بإعطاء شيء أو تسليمه أو بفعل شيء أو تركه.

هذا عن الحقوق العامة فإن محل الحقوق العينية يقتضى أن نتكلم فى فصل خاص عن حق الملكية وما يتبع ذلك من بيان المال وأقسامه والفرق بينه وبين المنافع ثم نبين أقسام الملكية وحق الانتفاع الشخصى والعينى .

كما أن هناك عنصرين آخرين للحق :

الأول - مصادر الحق :

وهى إن كانت فى الفقه الغربى مصدرين : نص القانون، وإرادة الأشخاص، وأن القانون يستند فى تقرير الحقوق إلى الوقائع القانونية والتصرفات القانونية على ما هو مبين فى كتب القانون، فإن مصادر الحق فى الفقه الإسلامى هى الأسباب الشرعية التى أنشأته .

فهى بالنسبة للالتزامات «الحقوق الشخصية» العقد كالبيع والهبة والإجارة، والإرادة المنفردة، وخاصة بالنسبة للفقه المالكى الذى اعتبر الالتزام من جانب واحد ملزماً، وكالوعد فى قول عند المالكية، وكالتذر عند الجميع، وما نص الشارع على الإلزام به ابتداء لحكمة اقتضاها التشريع كالاتزام بالنفقة والتزام الولى والوصى، أو تكون نتيجة فعل يأتى الإنسان دون إرادة إلزام لكن الشارع يرتب عليه التزاماً فإن كان الفعل ضاراً بالغير التزم الفاعل بإصلاح التالف وإلا فيضمن، وإن كان الفعل نافعاً للغير صار الفاعل دائماً للغير شرعاً فى بعض الصور، وهو ما يسمى فى القانون بالإثراء على حساب الغير^(١).

ومصادر الحق بالنسبة للحق العينى هى أسباب الملك التام، والملك الناقص، وأسباب حقوق الارتفاق وأسباب حق الرهن وحبس العين حتى يستوفى حقه ممن يطلبها، وسنين كل ذلك فى موضعه عند الكلام عن الملكية. يقول الدكتور السنهوري^(٢) إنه يمكن رد مصادر الحق فى الفقه الإسلامى سواء بالنسبة للالتزامات

(١) راجع مقاله الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم فى مذكراته الالتزامات فى الشرع الإسلامى .

(٢) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ج ١ ص ٦٩ .

أم بالنسبة للحقوق العينية إلى نفس المصدرين اللذين ترجع إليهما الحقوق في القوانين الرضعية : القاعدة القانونية والتصرف القانوني .

الثاني : حماية المجتمع للحق :

وهذا يكون بتقرير مبدأ المسؤولية المدنية، وتقرير حق التقاضي، وقد سبق أن أشرنا إلى ذلك .

الفصل الثاني

من يثبت له الحق

قلنا إن الحق من ناحية من يضاف إليه إما أن يكون حقاً لله خالصاً أو غالباً، وإما أن يكون حقاً للعباد خالصاً أو غالباً، وبيننا أن الأحناف يقصدون من إضافة الحق لله مجرد التعظيم والتشريف والإشادة بأهميته واعتباره، وإنما هو في حقيقته يتعلق بالمجتمع، أي أنه من النظام العام فلا يملك أحد إسقاطه والتنازل عنه، لأنه ليس حقاً لفرد بذاته.

ونشير هنا إلي أن الفقه الإسلامي وإن كان قد أثبت حقوق العباد للأشخاص الطبيعيين من أفراد بني الإنسان، فإنه عرف في الحقيقة والواقع ثبوت هذه الحقوق لغير الأشخاص الطبيعيين مما يطلق عليهم القانون الغربي الأشخاص الاعتباريين أو المعنويين، كالساجد والمستشفيات ودور العلم، وجهات الوقف وبيت المال، وما إلي ذلك من الكائنات المعنوية التي تدرك بالفكر لا بالحوس، فيكون كل منها صالحاً لتلقي الحقوق وتحمل الالتزامات.

والإنسان من أول وجوده في الحياة ثبت له الصلاحية لأن تكون له حقوق وعليه واجبات دون توقف علي قدرته علي مباشرة كسب الحقوق والتحمل بالواجبات مما يسمي في اصطلاح الأصوليين بأهلية الوجوب، ويسمي في الاصطلاح القانوني بالشخصية القانونية *la personnalite juridique*، وكما أن الفقه الإسلامي يثبت أهلية الوجوب لكل الأشخاص بمجرد ولادتهم^(١) فإننا نجد

(١) كان المذهب الحنفي المعمول به في هذه المسألة قبل صدور قانون الميراث رقم ٧٧ السنة ١٩٤٣ علي أن الجنين يعتبر حياً إذا خرج أكثره حياً لأن للأكثر حكم الكل فجاء القانون المذكور في المادة ٤٣ واشترط ولادة الجنين جميعه حياً والمادة ٢٩ من القانون المدني نصت علي أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حياً. راجع لنا في ذلك «الوصايا في الفقه الإسلامي» هذا وقد نص القانون المدني في المادتين ٣٠ ، ٣١ علي إثبات واقعة الميلاد.

الشرائع الحديثة أيضاً تثبت الشخصية القانونية كذلك لكل إنسان بمجرد ولادته^(١). فهي صفة لاصقة بالفرد وملزمة له، وليس من الناس من هو محروم منها أو معدومها.

غير أن هناك من الأفعال والتصرفات كالبيع والإجارة والهبة والزواج والإقرار بحق والشهادة علي حق، ما يشترط لاعتبارها والقدرة علي مباشرة كسبها بنفسه والتحمل بالواجبات أن يكون الشخص مميزاً علي الأقل، فلا تكون له عبارة معتبرة قبل ذلك ولا يصح منه إلزام أو التزام. وقد اصطلح الأصوليون علي تسمية هذا الشرط بأهلية الأداء أو أهلية التعامل.

وعلي هذا فإننا نجد أهلية الوجوب تثبت لجميع الأشخاص دون توقف علي شيء، بخلاف أهلية الأداء، كما أن الحقوق والواجبات منها ما يكفي لثبوتها وتحملها بأهلية الوجوب وحدها، ومنها ما لا تعتبر ولا يعتد بها إلا إذا ثبتت أهلية الأداء فضلاً عن أهلية الوجوب، كما أن أهلية الأداء وإن كانت لا تثبت إلا للأشخاص الطبيعيين فإن أهلية الوجوب تثبت لكل من الشخص الطبيعي، والشخص الاعتباري أيضاً. غاية الأمر أن الشخص الطبيعي حينما يصبح مميزاً تبدأ أهلية الأداء تتصل به ويتمكن من مباشرة بعض أنواع من المعاملات بنفسه وعند البلوغ عاقلاً تصلح عبارته لكل تصرف، أما الشخص الاعتباري فإنه لا يتصور فيه هذا، ولا بد لمباشرة التصرفات والأفعال المتعلقة به من وجود شخص أو أشخاص طبيعيين يمثلونه ويتصرفون نيابة عنه^(٢).

وعلي هذا فإننا سنتناول هنا الكلام عن الآتي :

(١) القانون الروماني لا يعتبر الرقيق شخصاً حتي تثبت له الشخصية القانونية، وإنما كان يعتبره مجرد شيء، أما الفقه الإسلامي فنظرت له إلي الرقيق تختلف عن ذلك إذ ثبت له أهلية وجوب أيضاً.

(٢) وهكذا في القانون المدني فقد نصت المادة (٥٣) الفقرة الثالثة «إن الشخص الاعتباري يكون له نائب عن إرادته».



أولاً : أهلية الوجوب ويتبع الكلام عنها، الكلام عن الذمة والشخص الاعتباري.

ثانياً : أهلية الأداء ، ويتبع الكلام عنها، الكلام عن التمييز والعقل والبلوغ وسن الرشد وحكم تصرفات المميز البالغ العاقل.

ثالثاً : عوارض الأهلية . ويتبع هذا، الكلام عن الجنون والعتة والسفه وأثر مرض الموت والدين علي الالتزامات.

رابعاً : الولاية، ويتبع هذا، الكلام عن الولاية علي المال والولاية علي النفس، وسلب الولاية.

المبحث الأول

اهلية الوجوب

اهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه، أو هي وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له وعليه^(١)، ولا يبعد عن ذلك تعريف رجال القانون لها^(٢)، وسميت بذلك لأنها تعرض لما يجب للشخص كاستحقاقه قيمة المثلقات من أمواله علي من يتلفها، وكانتقال الملكية له فيما يشتري له وفيما ينقل إليه بطريق الإرث، وكوجوب النفقة علي غيره إن كان فقيراً، وحقه في ثبوت نسبه من أبيه، وحقه في أن يكون في حضانة الأم صغيراً، واستحقاقه للشيء الموصي به واستحقاقه كذلك لما يوثق عليه علي ما بيناه تفصيلاً في موضعه^(٣)، وما يجب عليه من ناحية أصل الحق والالتزام به كالتزامه بدفع ثمن المبيع له من ماله، والتزامه في ماله بنفقة قريبه العاجز الفقير، ووجوب الضرائب عليه في ماله وتضمينه في ماله قيمة ما يتلفه للغير وكوجوب الزكاة في ماله خلافاً

(١) راجع شرح المنار لابن ملك ص ٣٠ - ٩٣٦ ، كشف الاسرار علي البزدوي ج ٤ ص ١٣٥٧ - ١٣٧٢ .

(٢) لكن هل الفعل يعتبر لإثبات الاهلية؟ قال المعتزلة بذلك، أما الأشاعرة فلا عبرة عندهم للعقل. يقول الرهاوي المصري في تعليقه علي ذلك بعاشيته علي شرح المنار ص ٩٣١ «والتزاع فيما يدرك العقل حسنه وقبحه» ، فالأشاعرة تقول : لا حكم للعقل فيه أصلاً وإنما الحكم للشرع وحده، والمعتزلة : العقل مستقل بالحكم فيه، ونحن نقول الحكم للشرع وللعقل مدخل فيه، ولا نزاع بين المعتزلة في أن العقل مستقل يدرك كثيراً من الأحكام مثل وجوب صوم آخر أيام رمضان وحرمة صوم أول شوال والأشاعرة لا ينادون في أن الشرع محتاج إلي العقل وأن للعقل دخلاً في معرفة الأحكام لأنهم صرحوا بأن الدليل إما عقلي صرف أو مركب من عقلي وسمعي ويمتنع كونه سمعياً صرفاً لأن صدق الشارع بل وجوده إنما يثبت بالعقل.

(٣) راجع لنا كتاب الوصايا في الفقه الإسلامي، وكتاب الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية.

للأحناف^(١). وهي ملازمة لوجود الروح في الجسد من غير نظر إلى عقل وتميز أو غير ذلك^(٢)، وقال الفقهاء : إن أهلية الوجوب تبني علي تحقق الذمة وقيامها بمن تثبت له الأهلية.

وأهلية الوجوب لها عنصران : الأول عنصر الإلزام وهو يؤهل الشخص لأن تثبت له الحقوق دون أن تثبت عليه، وهذا العنصر يكون بالنسبة للشخص الطبيعي قبل ولادته. العنصر الثاني الالتزام وهو يثبت للشخص ما وجد حياً فيكون أهلاً لأن يكون مديناً كما أثبت له العنصر الأول أن يكون دائناً، وهذا العنصر الأخير يستتبع وجود الذمة.

والذمة : في اللغة هي العهد^(٣) وعرفها الفقهاء بأنها وصف يصير به الإنسان أهلاً لما له وما عليه^(٤)، وهذا الوصف يتولد عن العهد، وهذه الذمة التي تنشأ من العهد تعتبر كسبب لصلاحية الإنسان لأن تحجب عليه الحقوق وأن تثبت له أهلية

(١) راجع التلويح والتوضيح في أصول الفقه ج ٣ ص ١٥٢.

(٢) وفي شرح المنار ص ٩٣٠ «اعلم أن لفظ العقل أطلق علي معان كثيرة منها الجوهر المجرد غير المتعلق بجسم، ومنها قوة النفس الإنسانية التي بها يتمكن من إدراك الحقائق، ومنها الغريزة التي يلزمها العلم بالضروريات أو نفس العلم بذلك، ومنها ملكة حاصلة بالتجارب تستنبط المصالح والأغراض، ومنها قوة مميزة بين الأمور الحسنة والقيحة؛ ومنها أنه هيئة محمودة للإنسان في حركاته وسكناته وكلامه، ومنها مراتب قسوي النفس الأربع . . إلخ» ويقول ابن رشد في مقدماته ج ١ ص ٤ «العقل ومحلّه عند مالك القلب، وحده بعضهم بأنه العلوم الضرورية كالعلم بأن الاثنين أكثر من الواحد وأن الجسمين لا يجتمعان في مكان واحد، وما أشبه ذلك مما تم معرفته العقلاء، أو يقال فيه إنه مادة يتأتى بها درك العلوم» وفي الإحياء للغزالي ج ١ ص ١٤٥ «العقل جسم لطيف مضيء محلّه الرأس، وأثره يقع علي القلب فيصير مدركاً بنور العقل».

(٣) «تفسر الذمة بالعهد وبالأمان والضمان، وسمي المعاهد ذمياً نسبة إلى الذمة بمعنى العهد» أ.هـ مصباح.

(٤) تنقيح الحامدية ج ٣ ص ١٥٢.

الوجوب الكاملة^(١) فالذمة والاهلية علي هذا كلاهما من خصوصيات الإنسان فلا يثبتان لسواه، كما لا يثبتان له قبل وجوده حياً وتنتهيان بانتهاء حياته^(٢).

فمن هذا يفهم أن الاهلية والذمة لا تثبتان إلا للإنسان الحي وله نفسه، فلا يثبتان للإنسان قبل تكوينه ولا بعد وفاته، وبالتالي لغير الإنسان بشخصه فلا تثبت علي هذا الذمة وأهلية الوجوب للشخص الاعتباري بل ويصرح الفقهاء بأن الوقف لازمة له^(٣).

الشخص الاعتباري وحقيقة نظرية الفقه الإسلام إلىه :

الفقهاء وإن كانوا يصرحون بأنهم لا يعرفون الشخصية المعنوية لأن الأصل في الذمة وأهلية الوجوب أنهما من خصائص الإنسان، فإن هذا الأصل غير مطرد^(٤) لوجود أحكام كثيرة في الفقه الإسلامي لا تقوم إلا علي أساس الذمة وأهلية الوجوب الحكيميتين، أي علي أساس وجود شخص اعتباري، فقد أجازوا الوصية والوقف علي من لم يخلق، وأثبتوا الإرث للعنين متى تحقق أو غلب علي الظن وجوده في البطن عند موت المورث، وقالوا بعودة الملك الذي زال عن الميت في حياته إليه بعد موته كالوقف يتخرب أو يستغني عنه فإنه ينتهي وتعود ملكيته

(١) يقول فخر الإسلام البزدوي ، والذمة نفس لها عهد وإن آدمي لا يخلق إلا وله هذا العهد والذمة، أي لا يخلق إلا وهو أهل للإيجاب والاستيجاب، بناء علي العهد الذي جري بين الرب والعبد كما تشير إليه الآيات الكريمة : ﴿وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنْ بَنِي آدَمَ مِنْ ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَى أَنْفُسِهِمْ﴾ [سورة الأعراف]، «وكل إنسان ألزمناه طائره في عنقه» [سورة الإسراء]. «إنا عرضنا الأمانة علي السماوات والأرض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الإنسان» [سورة الأحزاب] . فقد ثبت للناس جميعاً بسبب هذا العهد ذمة كانوا بها أهلًا للوجوب. راجع كشف الأسرار علي البزدوي ص ١٣٥٧، شرح المنار لابن ملك ص ٩٣٦.

(٢) الفروق للقرافي ج ١ ص ٢٥٢.

(٣) وقد أنكر بعضهم وجود وصف الذمة وافترضوها، ويرون أنه لا ضرورة لذلك إذ يكفي تمكين الشارع للدائن من استيفاء حقه من المدين، ولا ضرورة للقول بأن لي في ذمة فلان كذا.

(٤) راجع شرح قانون الوقف لأستاذنا الجليل الشيخ فرج السهور ص ٨٢١ - ٨٢٣ الفقرة ٥٥٥.

إليه فإن كان ميتاً انتقل إلي ورثته ، وأبقوا للميت علي ملكه من تركته ما يحتاج إليه في تكفينه وتجهيزه ودفنه وسداد دينه وتنفيذ وصاياه، ويبقي الموصي به علي ملك الموصي بعد موته حتي يقبل الموصي له ، وأبقوا ذمة المتوفي مشغولة بالدين إذا كان له مال .

وما يفرض لبيت المال وما يجب فيه من نفقات ، والأرض الموات والركاز والطرق والقناطر والمنشآت العامة : كل هذا لجماعة المسلمين وهم ليسوا أفراداً بأعيانهم ، وهناك بيت المال فهو وارث من لا وارث له ويجب فيه نفقة الفقراء الذين لا يوجد لهم من تجب عليه نفقتهم ، كما أن المنشآت العامة من ترع ومصارف وطرق ونحوها يجب كريبها وإصلاحها من بيت مال المسلمين .

وقالوا أيضاً إن اللقطة إذا كانت في حاجة للإنفاق عليها وإلا هلكت أنفق عليها من بيت المال وكان ما أنفق ديناً علي صاحب اللقطة لبيت المال .

وهذه الصدقات قد بين القرآن مصارفها، وهي طوائف وحظ كل طائفة وجب لمجموعها : «إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها» الآية^(١)، وقالوا بجواز الوصية والوقف علي الجهات والفقراء والمساجد والمستشفيات، وكل ما يعود نفعه علي العامة، ففي الوصية والوقف علي المسجد يكون ملك العين وغلة الموقوف للمسجد مع أنه ليس إنساناً، وقد قالوا : «إذا عقد ناظر الوقف إجارة لآخر، ثم عزل هذا الناظر لانتسخ الإجارة لأن المؤجر هو الوقف لا الناظر» فإنهم من كل هذا يشبتون من غير شك ذمة اعتبارية وأهلية وجوب مفترضة .

ليس هذا فحسب، بل إن نفقة البهيمة واجبة علي مالكة ديانة، وقال مالك والشافعي وأحمد وأبو يوسف من الأحناف : «إنها واجبة علي مالكة ديانة

وقضاء^(١) وتكون بدعوي حسبة ترفع ضده من أي شخص إذا أهملها، فأمره القاضي بالإنفاق عليها والإحسان إليها فإذا لم ياتم بأمره باعها عليه جبراً، وبذا تكون للحيوانات حقوق ثبتت لها ديانة وقضاء، وما هذا إلا قول بأن لها أهلية مطلقاً، ومعني ذلك كون أهلية الوجوب أيضاً، ويؤخذ هذا من عموم قوله تعالى: ﴿وما من دابة في الأرض إلا علي الله رزقها ويعلم مستقرها ومستودعها﴾^(٢)، ومن قول الرسول عليه السلام: عذبت امرأة في هرة سجنتها حتي ماتت فدخلت النار، لاهي أطعمتها وسقتها ولاهي تركتها تأكل من خشاش الأرض، وبذا نجد أنها صلحت لأن تجب لها الحقوق دون أن تجب عليها^(٣).

وبعد فمما تقدم نتبين أن الفقهاء إذا نفوا الذمة وأهلية الوجوب عن غير الإنسان المعين، فإنهم لا ينفون إلا الذمة والأهلية الحقيقيتين اللتين تنشآن عن العقل والعهد، ولا يعنون الذمة والأهلية الاعتباريتين، ومادام فقهاؤنا يقولون بذلك ويعتبرون الجهات في الوجوب لها وعليها، فإنهم قائلون حتما بالشخص الاعتباري بأوسع المعاني.

أقسام أهلية الوجوب : أهلية الوجوب قسمان : ناقصة وكاملة :

(١) فتكون ناقصة بالنسبة للجنين بشرط ألا ينفصل عن أمه حياً، وإنما كانت ناقصة بالنسبة له لأنه يحتمل الحياة والموت قبل وجوده في الدنيا، ولولا

(١) راجع في ذلك المغني لابن قدامة ج ٧ ص ٦٣٤ - ٦٣٥ ؛ فتح القدير ج ٣ ص ٢٥٦ ؛ الهداية ج ٢ ص ٤١ ؛ الاختيار شرح المختار ج ٢ ص ٢٥ ؛ وما تقوم به جمعية الفرق بالحيوان الآن يشبه ذلك.

(٢) سورة هود ج ٦/١٢.

(٣) كشف الأسرار ج ٤ ص ١٣٥٧ ؛ الرهاوي المصري علي شرح المنار ص ٩٣٧. ومن الغريب أن الأصوليين رغم هذا يقولون : «إن الإنسان هو الذي اختص بالوجوب دون سائر الحيوانات التي ليست لها ذمة» ويقولون «الوجوب مبني علي الوصف المسمي بالذمة حتي لو فرض ثبوت العقل بدون ذلك الوصف» كما لو ركب العقل في حيوان غير آدمي لم يثبت الوجوب له أو عليه.

وجوده في الحياة فعلاً أو حكماً لما ثبتت له أهلية مطلقاً، ومعني كون أهلية الوجوب ناقصة أنه يجب له الحقوق التي لا تحتاج إلى قبول^(١) كالوصية والاستحقاق في الوقف وثبوت النسب وجنسية الأب بناء على حق الدم، لأن هذه تصرفات تنشأ انفرادية بإرادة المقر وحده، وكذلك فيثبت له حق الإرث، والوراثة خلافاً عن المورث، وكذا تثبت الوصية استحساناً من غير حاجة إلى قبول^(٢). أما الحقوق التي تحتاج إلى قبول فإنها لا تثبت للجنين لأنه ليست له عبارة مطلقاً، وليس له في الفقه ولي عليه ولا وصي حتي يقبل عنه الهبة، وإن كانت الشريعة الإسلامية أجارت إقامة أمين ليحافظ على مال الجنين، إلا أن هذا الأمين ليس في حكم الوصي، ولا يملك التصرف باسم الجنين^(٣) فالجنين ليس أهلاً لأن تحجب عليه الحقوق ولا يثبت له منها ما يحتاج إلى قبول، وقانون المحاكم الحسبية ٩٩ لسنة ١٩٤٧ نصت المادة الثالثة منه على تعيين وصي علي الجنين ليحافظ علي ماله، ثم جاء قانون الولاية علي المال رقم ١١٩ سنة ١٩٥٢ م ٢٨، ٢٩ بعد ذلك بصحة نصب الوصي علي الحمل ليقبل الهبة، كما أشارت المادة ٢٠ من قانون الوصية بما يفيد أنه يجوز أن يعين علي مال الجنين ولي، وفي هذه الحالة فله أن يقبل الهبة، هذا وقد جاء في مذهب مالك جواز صحة الهبة للجنين^(٤).

(١) وإن كانت الشخصية لا تبدأ إلا بالولادة كما هو نص المادة ٢٩ مدني فإن الجنين تثبت له بعض الحقوق التي جاءت بها الشريعة كثبوت النسب واكتساب الجنسية والإرث والاستحقاق في غلات الوقف (طبقاً لقانون الوقف رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦) كما يثبت له طبقاً للقانون المدني م ١٥٦ حق الاستفادة من الاشتراط الذي يشترطه أحد المتعاقدين علي الآخر كما في عقود التأمين.

(٢) يقول الفتري علي التلويح ج ٣ ص ١٥٦ : «إن الجنين قبل الانفصال عن الأم جزء منها من جهة أنه يتنقل بانتقالها، ويقر بقرارها، ومستقل بنفسه من جهة التفرد بالحياة للانفصال، فيكون له ذمة من وجه حتي يصلح لوجوب الحقوق له كالإرث والوصية والنسب»، وراجع شرح المنار ص ١٩٢٨ وكشف الأسرار ج ٤ ص ١٣٦٠ وراجع لنا الوصايا في الفقه الإسلامي، والوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية.

(٣) المراجع السابقة

(٤) ولا يصلح الجنين لوجوب الحقوق عليه حتي لو اشترى الولي للجنين قبل الانفصال عن الأم شيئاً لا يجب عليه الثمن، راجع المصادر السابقة.

(ب) وتكون كاملة إذا انفصل الجنين من بطن أمه حياً فإنه يستقبل في مستهل حياته أهلية وجوب كاملة، وهي صلاحية الشخص لأن تثبت له الحقوق والواجبات، كما يجب عليه أيضاً منها كل ما يمكن أدائه عنه كالزكاة والتعاقد، فأهلية الوجوب في الفقه الإسلامي كما أشرنا قبل تثبت لكل شخص صغيراً كان أم كبيراً حراً كان أم رقيقاً عاقلاً أم غير عاقل لأنها لاصقة بالإنسان، بل هي كما بينا تثبت لغير الأشخاص الطبيعيين.

غير أن أهلية الوجوب رغم كمالها بعد الولادة فهي لا تجعل الإنسان صالحاً للتعامل فلا يكون لصاحبها حق التعاقد والالتزام بنفسه إلا إذا كانت له أهلية أداء^(١)، فأهلية الوجوب لاتعلق بالتعامل مطلقاً إذ الذي يجعل الشخص أهلاً للتعامل والتعاقد، هي أهلية الأداء^(٢)، ومع هذا فإنه إذا انفصل الجنين ميتاً أو ولد حياً ثم مات فإنه في الأول لاتثبت له شخصية، وفي الثاني تنتهي شخصيته بانتهاء حياته^(٣).

(١) المادة (٤٥) من القانون تنص «لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون، وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقد التمييز».

(٢) راجع شرح المنار وحاشية الرهاري المصري عليه ص ٩٣٨، وكشف الأسرار ج ٤ ص ١٣٦٠ ١٣٦٨، الفري علي التلويح ج ٣ ص ١٥٦ إذ يقول: «وأما بعد الانفصال عن الأم فتصير ذمته مطلقة لصيرونه نفساً مستقلة من كل وجه فيصير أهلاً للوجوب له وعليه حتي كان ينبغي أن يجب عليه كل حق يجب علي البالغ؛ إلا أنه لما لم يكن أهلاً للأداء لضعف بنيته اقتصر علي ما يمكن أدائه عنه، ويقول صاحب المنار: غير أن الوجوب غير مقصود لضعف بنيته فجاء أن يبطل لعدم حكمه. فما كان من حقوق العباد من الغرم والعروض - كضمان الإلتلاف وثنم البيع ونفقة الزوجة والأقارب لزمه، وما كان الأصل فيه أنه مؤنة ومعني العبادة والعقوبة فيه ليس بمقصود كالعشر والخراج ولا تجب عليه العبادات الخالصة والعقوبات».

(٣) وقد تضمنت المادة رقم ٣٠ مدني انتهاء الشخصية القانونية بوفاة الإنسان وأن الوفاة كواقعة الميلاد تثبت بجميع طرق الإثبات.

المبحث الثاني

أهلية الأداء

هي كما يقول علماء الأصول : «صلاحية الشخص المكلف لصدور الفعل عنه على وجه يعتد به شرعاً»^(١) ونستطيع أن نقول إنها صلاحية الشخص للالتزام بعبأرته، وأن يطالب غيره ويطالبه الغير بما تم عليه التعاقد من آثار والتزامات، وأهلية الأداء هي الأصل في الإنسان الصحيح الكامل، ويصح أن نعبر عن هذا النوع من الأهلية بأنه أهلية التعامل، وسميت بذلك، لأنها تتعرض لأداء الحقوق والالتزامات^(٢) وإن كانت أهلية الوجوب أثراً من آثار الذمة، فأهلية الأداء أثر من آثار العقل والتمييز.

(١) وفي كون أهلية الأداء تتوقف عليها جميع التصرفات القولية والفعلية، أو التصرفات القولية فقط محل نظر بين الفقهاء والكتاب من القانونيين أيضاً - راجع ما كتبه المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم في مجلة القانون والاقتصاد السنة الأولى ص ٣٥٢ والسنة الثانية من ص ١، وراجع الملكية ونظرية العقد للأستاذ الشيخ أبي زهرة ٢٧١، والأموال ونظرية العقد ص ٣٢١ للدكتور محمد يوسف - والموجز للدكتور السهوري ص ٨١، والنظرية العامة للحق للدكتور شفيق شحاته ص ٧٠.

(٢) وفي القانون أهلية الأداء (capacite diexercice) صلاحية الشخص لأن يباشر كسب الحقوق وإيجاب الالتزامات، الوسيط للدكتور السهوري ص ٢٦٨ والالتزامات للدكتور حشمت ص ١٢٨. أو هي القدرة على مباشرة الأعمال القانونية، الدكتور عبد المنعم البدراوي في المدخل للقانون الخاص ص ١٣٥.

والعمل القانوني أو التصرف القانوني عبارة عن انجاء إرادة الشخص إلى ترتيب أثر قانوني معين يتم نتيجة مباشرة لهذا الانجاء، فالإرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين، والأثر ينشأ نتيجة لهذا الانجاء.

أما العمل المادي فهو عمل لا يقصد من وراءه الشخص الأثر القانوني الذي ترتب عليه وإنما ترتب هذا الأثر بفعل الشخص، فالأعمال المادية الغبارة والنافعة ترتب آثارها لاوفقاً لإراد الشخص وإنما وفقاً لما أراد. القانون، ولذا لم يشترط في الالتزام بالعمل المادي أية أهلية وإنما أهلية الأداء مقصورة على التصرفات القانونية دون غيرها.

والتمييز : هو الذي يجعل الشخص مدركاً لعبارته فاهماً ما يقصد بها ويتبع عنها، فيصرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب، ويعلم الغبن الفاحش من اليسير، ويفهم معانى الألفاظ ومدلولاتها، ومدرك ذلك كان مميزاً، وقالوا: الإنسان الطبيعي لا يمكن أن يميز هذه الأشياء ويفرق بينها قبل سن السابعة^(١) غالباً، ولذا كانت للإنسان مع أهلية الأداء أطوار مختلفة تختلف معه تبعاً لاختلاف عمره الذي جعل مقياساً لتمييزه، كما تختلف باختلاف سلامة عقله، أو عدم سلامته، ولذا قسموا أهلية الأداء إلى ناقصة وكاملة^(٢).

أهلية الأداء الناقصة : وهي تثبت للمولود عند بلوغه سن السابعة بشرط أن يكون مميزاً ويستمر على ذلك حتى يبلغ الحلم عاقلاً فتثبت له أهلية أداء كاملة، أما إذا بلغ سن السابعة فاقد التمييز بقى على حالته قبلها دون أهلية تعامل، وإن كانت له أهلية الوجوب الكاملة.

(١) وعلى ذلك جاء القانون المدني المادة (٤٥) الفقرة الثانية وتنص المادة (١١٠) مدني «ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة» ويلاحظ أن العبرة بحالة المجموع لا حالة الفرد عند وضع التشريع.

(٢) يقول صاحب التوضيح علي التنقيح : «أهلية الأداء قاصرة وكاملة» فأهلية الأداء القاصرة تثبت بقدرة قاصرة، وأهلية الأداء الكاملة تثبت بقدرة كاملة، والقدرة القاصرة تثبت بالفعل القاصر وهو عقل الصبي والمعتوه والكاملة بالفعل الكامل وهو عقل البالغ غير المعتوه. ولقي كشف الأسرار : «لاخلاف في أن الأداء يتعلق بقدرتين : قدرة فهم الخطاب وذلك بالعقل وقدرة العمل به وهي بالبدن. والإنسان في أول أحواله عديم القدرتين لكن فيه استعداد وصلاحيه لوجودهما فيه شيئاً فشيئاً حتى يبلغا فيه درجة الكمال، فقبل بلوغ درجة الكمال كانتا فيه قاصرتين كما في الصبي المميز وقد تكون إحداهما قاصرة كما في المعتوه بعد البلوغ فإنه قاصر العقل كالصبي وإن قوي بدنه، ولهذا الحق بالصبي في الأحكام. فالأهلية الكاملة عبارة عن بلوغ القدرتين أولي درجات الكمال، والقاصرة عبارة عن القدرتين قبل بلوغهما أو إحداهما درجة الكمال، ثم الشرع بني علي الأهلية القاصرة صحة الأداء، وعلي الكاملة وجوب الأداء». راجع التوضيح علي التنقيح ج ٢ ص ١٥٨، شرح المنار ص ٩٢٩ وأصول فخر الإسلام للبزدوي وكشف الأسرار عليه ج ٤ ص ١٣٦٨.

على أن يكون نفاذه موقوفاً على إجازة الولي، إذ الإجازة اللاحقة كالإذن السابق^(١). وإن كان الإمام الشافعي يرى أن جميع عقود الصبي في حالة التصرف قبل الإذن باطلة، على ماسياتي.

وإنما كانت الفترة بين السابقة وسن البلوغ فترة اختبار للصبي على الاتصالات المالية تحت رقابة المشرف عليه، كي لا يتقلد دفعة واحدة من طور لاعبارة له فيه مطلقاً إلى طور يكون له مطلق الحرية وكامل الأهلية.

أهلية الأداء الكاملة : فإذا بلغ الصبي الحلم^(٢) عاقلاً ثبتت له أهلية الأداء كاملة^(٣) فإذا أنتج اختباره أنه رشيد^(٤) دفعت إليه جميع أمواله وزالت عنه الولاية أو الوصاية من غير توقف على إذن من القاضي أو على حكم منه^(٥) لأن التعليق من الشارع كان على شرطى البلوغ والرشد فقط خلافاً لبعض الشافعية والمالكية.

(١) المبسوط للسرخسي ج ٢٤ ص ١٨٢، ولا حبرة بإجازة غير الوالي كما لاعبرة بإجازة الولي الشرعي في تصرف لا يملك هو شخصياً إحداثه كالبيع بالغبن وإسقاط الحقوق.

(٢) يعرف البلوغ بالعلامات الطبيعية التي تظهر على الصبي والفتاة، وإلا حكمنا السن إذ جعله الفقهاء مظهراً للبلوغ، وقال أبو حنيفة : إنه يبلغ الفتي السابعة عشرة من عمره، ويبلغ الفتاة الثامنة عشرة من عمرها، ويقول صاحبان والشافعي وأحمد بن حنبل بأنه يكون يبلغ الصبي أو الفتاة خمس عشرة سنة وهما في ذلك سواء راجع البدائع ج ٧ ص ١٧٢.

(٣) يقول صاحب التوضيح على التنقيح ج ٣ ص ٢١٧ والسفح لآبنا في الأهلية ولا شيئاً من الأحكام واجتمعوا على منع ماله عنه في أول البلوغ «وسياتي»، ويقول الكاساني ج ٧ ص ١٧١ «يزول الحجر عن التصرفات بالبلوغ سواء بلغ رشيداً أو سفياً»، وكذا عن أبي يوسف إلا أن يحجر عليه القاضي عند البلوغ، وعند الشافعي لا يزول إلا ببلوغه رشيداً، قارن ذلك بما جاء في كتاب الملكية ونظرية العقد ص ٢٢٧.

(٤) والرشد : هو الصلاح في المال، كما هو الراجح في تعاريف الاحناف، ويقرب من هذا المالكية والحنابلة، لكن الشافعية يرونه : الصلاح في الدين والمال معاً. وعلي هذا فالفاستق عند الشافعية لا يعتبر رشيداً لأن عدم حفظه لدينه يمنع الثقة به في حفظ ماله. راجع الفتاوى الهندية ج ٤ ص ٤٤ والغني ج ٤ ص ٤٦٧ وللظاهرة كلام فيه فارجع إليه في المحلي لابن حزم ج ٨.

(٥) المبسوط للسرخسي ج ٢٤ ص ١٦١، البدائع ج ٧ ص ١٧١، المغني ج ٤ ص ٤٦٩.

فإذا أثبت مهارة - رشداً - قبل البلوغ فلا تثبت له أهلية أداء كاملة ولا تدفع إليه أمواله رغم رشده، لأن كمال العقل عادة بالبلوغ ولأن الله يقول : ﴿حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم﴾ فالأساس في دفع المال إليهم إنما هو البلوغ أولاً.

أما إذا بلغ الصبي عاقلاً وكان غير رشيد فلا ترفع الولاية عنه حتى يتحقق الرشد والبلوغ عند الصاحبين. أما الإمام فيرى تسليمه ماله إذا بلغ خمساً وعشرين سنة دون تحقق الرشد لأنه لا أمل في رشده بعد، إذ الطباع والغرائز لا يمكن أن تتغير، وفي هذا السن تكون الطباع قد تأصلت في النفس وأخذت مجاريها في الجسم، وستكلم عن ذلك في السقه.

أما إذا بلغ عاقلاً رشيداً ثم أصابه السقه فلا يرى أبو حنيفة الحجز عليه ثانياً بعد أن اكتملت أهليته لأن في هذا إهداراً لأدميته في سبيل المحافظة على ماله، والمال غاد ورائح.

سن الرشد : في الواقع أن الفقه الإسلامي لم يحدد للرشد سناً معيناً لأن الرشد هو الصلاح في المال وحسن إدارته، والناس في هذا يختلفون لاختلاف البيئة وطبيعة الحياة، واختلاف ظروفهم ومجتمعهم، ومرانهم الشخصي، ولذا فإن كل ما أمكن تحديده أن الشخص لا يكون رشيداً قبل البلوغ، إذ البلوغ مظنة كمال العقل كما يقول الفقهاء.

أما القانون المصري فقد استقر أخيراً من سنة ١٩٢٥ على تحديده بإحدى وعشرين سنة فتتص الفقرة الثانية من المادة ٤٤ «وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة»^(١) وهذا ما تنفيذه المادة ١٨ من قانون الولاية على المال، على أن هذا السن مشروط لمباشرة التصرفات المالية فلا يشترط في عقد الزواج، كما أن

(١) وهي عام لجميع المصريين مسلمين وغيرهم، أما الأجانب فوفقاً لأحكام قانون جنسيتهم م ١/١١ مدني ويحدثنا المرحوم الأستاذ فتحي زغلول في كتابه شرح القانون المصري ص ٢٨ أن البلوغ القانوني كان مرادفاً للبلوغ الطبيعي، بلوغ العلامات أو بلوغ خمس عشرة سنة وفي سنة ١٨٩٦ حدد بثمانية عشرة سنة هجرية.

الحقوق بالنسبة للصبي المميز :

والعقود بالنسبة للشخص في هذه الفترة بين تمامه السابعة وميزاً وبين بلوغه رشيداً ثلاثة أقسام^(١) :

١- ما يتعقد صحيحاً نافذاً بعبارته، وهي العقود النافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة والوصية.

٢- مالا يتعقد وتكون عبارته ملغاة وهي العقود التي ضررها محقق بالنسبة له كأن يضمن غيره في دينه أو يقرض شخصاً مبلغاً من المال، أو يهب أحداً مبلغاً، أو يوصي بشيء من ماله^(٢)، فلا يتعقد شيء من هذا حتى مع إجازة الولي والوصي.

٣- التصرفات المترددة بين النفع والضرر تنعقد على الرجح صحيحة إذا أذنه وليه قبل التصرف وإلا فهي موقوفة على إجازة وليه كما يرى أبو حنيفة. وهذا كالبيع والشراء ونحوهما، وكذا الزواج^(٣).

(١) راجع في ذلك كتب الأصول والفقهاء في مواضع مختلفة في الأهلية وفي العقود. أما القانون فالمادة ٤٦ تنص «كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون» وانظر المادة (١١١ مدني) فإنها تتضمن أن التصرفات النافعة نفعاً محضاً صحيحة والضرارة ضرراً محضاً باطلة بطلاناً مطلقاً والمترددة بين النفع والضرر موقوفة، وأن هذا النوع قابل للإبطال أو هو باطل بطلاناً نسبياً، والإبطال مقرر لصالح القاصر وحده دون الآخر، وقسم الدكتور السهوري نسي الوسيط ص ٢٦٨ العقود من حيث الأهلية إلى أربعة أقسام : ١- عقود اغتناء كالهبة بالنسبة للموهوب له، ٢ عقود إدارة وهي عقود ترد على الشيء لاستغلاله كالإيجار بالنسبة إلى المجرر. ٣- عقود تصرف كالبيع. ٤- عقود تبرع كالهبة بالنسبة للواهب. فمن كان له أهلية أداء كاملة صلح مباشرة كل هذه العقود ومن كان ناقصها صلح لبعضها كالصبي المميز فإنه يصلح مباشرة عقود الاغتناء والإدارة بمفرده ولا يصلح وحده مباشرة عقود التصرفات ولا يصلح أصلاً مباشرة عقود التبرع. وأما إذا كانت الأهلية منعدمة كالصبي غير المميز فإنه لا يصلح شيء من هذه الأقسام الأربعة.

(٢) أما الوصية فالأحناف لا يميزونها من الصبي المميز حتى مع موافقة وليه أو وصيه سواء أكانت لجهة بر أم لا، راجع البدائع ج ٧ ص ٣٣٤، والتوضيح ج ٣ ص ١٦١ - هذا وقانون المحاكم الحسبية يجيز للقاصر أن يوصي بإذن من المحكمة الحسبية.

(٣) يقول صدر الشريعة عبيد الله بن مسعود في كتابه التوضيح علي التفتيح ج ٢ ص ١٥٩ : «وأما»

وإنما كان ذلك ليعود على التصرفات والعقود، وتتكون له شخصية تحت إشراف وليه أو وصيه.

تصرف الصبي المميز وأذن وليه : إذا أذن الولي أو الوصي للصبي المميز بالتجارة فباع أو اشترى بما فيه غبن فاحش فالاحتاف^(١) يطلون تصرفه لأن الصبي استمد سلطة تصرفه من إذن وليه أو وصيه، وهو لا يملك هذا بنفسه فلا يملك أكثر مما يملكه من أذنه، وإذا باع من غير إذن من صاحب الولاية بضعفى ثمنه، فإنه لا يجوز مادام العقد مما يتوقف نفاذه على إجازة الولي مهما كان العقد سليماً وأنتج مصلحة إذ العبرة في اشتراط إذن الولي أن يلاحظ هل خروج المبيع نفسه من ملك الصبي في صالحه أم لا، مهما كانت قيمته، ولأن رأى الولي شرط لجواز التصرف، ونفاذه متوقف عليه^(٢).

وتصرفات الصبي المميز وإن كانت في الراجح تنعقد صحيحة إذا سبقت بإذن من وليه في إبرامها كي يتحقق التفويض والاختيار الذي أشارت إليه الآية : «وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم»^(٣) إلا أنه روى عن أبي حنيفة جواز مباشرة الصبي للتصرف قبل الإذن

= حقوق العباد فما كان نفعاً محضاً كقبول الهبة ونحوه يصح منه وإن لم يأذن وليه، وما كان ضرراً محضاً كالطلاق والهبة والقرض ونحوها لا يصح منه وإن أذن الولي، ولا من الولي نفسه، وما يتردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء ونحوهما يصح بشرط رأي الولي^٤. وراجع شرح المنار وحاشية الرهاوي عليه ص ٩٤٠ / ٩٤٣ وأصول البزدوى وكشف الأسرار عليه ج ٤ ص ١٣٧٤ هذا ويرى شمس الأئمة السرخسي أن الطلاق واقع إذا دعت ضرورة إليه وكان في صالح الصبي.

(١) وفي رواية عن الإمام أنه يجوز البيع بغبن فاحش لغير الولي لأن الصبي بالإذن يأخذ حكم البالغ واستثني البيع للولي بغبن دفعا للشبهة. راجع في هذا الفتري علي التلويح ج ٣ ص ١٦١ والتوضيح علي التنقيح ج ٣ ص ١٦٠ - ١٦١.

(٢) راجع المصادر السابقة، والتوضيح علي التنقيح ج ٣ ص ١٦٠ - ١٦١.

(٣) سورة النساء ج ٤ / ٦ والابتلاء هو الإظهار وابتلاء اليتيم إظهار عقله بدفع شيء إليه من أمواله لاختباره وإظهار قدرته علي حفظه المال عند النوائب لأن الصبي لو عقل التجارة عقل النافع من الضار. راجع البدائع ج ٣ ص ١٩٣.

المادة الخامسة من قانون الوصية أجازت وصية من بلغ ١٨ سنة بإذن من المحكمة، ولعل القانون المصري ساير في هذا القانون الفرنسي والإنكليزي والالمانى^(١) ومع ذلك فهو لا يتنافى مع مبادئ الفقه الإسلامى بل يمكن أن يكون له سند فقهي تخريجاً على قول الإمام أبى حنيفة وأحكام فى بعض المذاهب الأربعة أيضاً من أن يكون لولى الأمر أن يحجر على من بلغ الحلم دون سفه لمجرد مظنة السفه، وليس بلارم فى صحة الحجر أن يصدره ولى الأمر فى كل حادثة بخصوصها، بل يصح أن يكون حجراً عاماً كأن يصدر قانوناً يحجر على من دون الحادية والعشرين^(٢).

(١) أما القانون الأسباني فحدده بثلاث وعشرين سنة والسويسري بعشرين والتركي بشماني عشرة سنة.

(٢) راجع للمؤلف : الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية ص ٦٠ - ولذا لا ينبغي أن يقال إن القانون في هذا مخالف لحكم الشريعة. راجع المدخل للقانون الخاص ص ١٤٨ للأستاذ الدكتور البدرأوي.

المبحث الثاني

عوارض الأهلية

عوارض الأهلية : قد يطرأ على الشخص ما يؤثر على الأهلية (أ) فيزيلها (ب) أو ينقصها (ج) أو يعرض له ما يحد من تصرفاته من غير تعرض لأهليته فيجعلها شبيهة بتصرفات ناقص الأهلية، (د) أو لا يحد من تصرفاته إلا بما فيه المحافظة على حقوق الغير. وقد قسم علماء أصول الفقه ذلك إلى قسمين:

١- عوارض سماوية تزيل العقل كالجنون، أو تجعله مختلاً كالعته.

٢- وعوارض تنشأ باكتساب الإنسان نفسه أو بفعل غيره كالسفه والسكر أو الدين، أو النوم والنسيان والإغماء، ومرض الموت، والهزل، والخطأ، والإكراه، وقالوا: إن الموت نفسه مزيل للأهلية بالضرورة^(١).

وسنقتصر بحثنا على الجنون والعته والسفه والغفلة والحجر بسبب الدين ومرض الموت، وقد بينا قبل حكم عقد الصبي وسنتين بمشيئة الله في نظرية العقد حكم عقد الهارل والمكره والسكران والمخطئ والناسي والمنعى عليه ومن في حكمه.

وقد تعرض بعض الأصوليين إلى أهلية المرأة، ولذا فإنه يهمنا أن نشير إلى أن الإسلام جعل للمرأة ما للرجل من أهلية التعامل. وإن كان قد اختصها الله في طبيعتها بما يجعلها غير أهل لبعض العبادات في أوقات خاصة. وكان بعض الفقهاء يبطل تصرفاتها في أواخر مدة الحمل ويعتبرونه عارضاً لأنها تكون في حالة نفسية تخشى معها الموت، فألقوا هذه الحالة بحالة مرض الموت، ومع هذا فمن الفقهاء من لا يعتبر الحمل من عوارض الأهلية وخصوصاً بعد أن تيسرت سبل الوضع.

(١) راجع ذلك إن أردت التوسعة في التوضيح والتلويح ج ٣ من ص ١٦١ إلى ص ٢٣٣ وشرح

المنار لابن ملك ص ٩٤٣، وكشف الاسرار علي البزدوى ج ٤ ص ١٣٨٢.

كلها، كما يكون جنوناً متقطعاً تتخلله فترات إفاقة، فتبطل معه التصرفات التي تتم في وقت الجنون، وتصح التصرفات التي تتم في الإفاقة - لكن القانون لم يفرق وأبطل تصرفات المجنون المطلقة والمتقطعة علي السواء.

والعته : آفة توجب خللاً في العقل يجعل صاحبها متردداً في أقواله وأفعاله بين العقل والعقلان ومن لا عقل لهم فيتصرف تصرف العقلاء حيناً، وتصرف المجانين حيناً، فأصل العقل موجود عند المعتوه بخلاف المجنون، والعته يشبه آخر أحوال الصبا في وجود أصل العقل مع نقص فيه فألحقه به في جميع الأحكام^(١)، ومن هذا نعلم أن المعتوه غير المجنون في الوصف وفي تصرفاته، وأن المجنون يأخذ حكم الصبي غير المميز، والمعتوه إنما يأخذ حكم الصبي المميز.

لكن صاحب نتائج الأفكار^(٢)، اعتبر المعتوه في حكم المجنون إذا كانت تصرفاته تدل علي ذهاب عقله وتمييزه، واعتبره نوعاً من الجنون الساكن. وإلا فإذا كانت تصرفاته تدل علي غير ذلك أعطاه حكم الصبي المميز.

ولذا نجد بعض الكتاب^(٣) قد انساقوا وراء هذا وقالوا إن هناك معتوها غير مميز وأعطوه حكم المجنون ومعتوه مميز وأعطوه حكم الصبي المميز - لكن لم لا

(١) المصادر السابقة، وفي الفري علي التلويح ج ٣ ص ١٦٦ «حكم العته حكم الصبا مع العقل في كل الأحكام، وذلك لأن الصبي في أول حاله صديق العقل فالحق به المجنون، وفي الآخر ناقص العقل فالحق به المعتوه»، وفي المنار ص ٩٥٠ العته بعد البلوغ كالصبا مع العقل في كل الأحكام حتي لا يمنع صحة القول والفعل فتصح عبادته وإن لم يحب عليه لكنه يمنع العهدة أي إلزام شراء فيه مضرة فلا يطالب في الوكالة بتسليم المبيع ولا يرد عليه بالعيب ولا يصح له طلاق امرأته ولا إعتاق عبده ولو بإذن وليه ولا يبيعه ولا شراؤه بدون إذن الولي، ويوضع عنه الخطاب كالصبي فلا يحب عليه العباداة ولا تثبت في حقه العقوبات ويولي عليه ولا يلي علي غيره.

(٢) راجع تكملة فتح القدير ج ٧ ص ٣١٠، ٣١١ - ويقول الميرغنياني في الهداية ج ٣ ص ٢٦٦ «والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وإن كان لا يرجع المصلحة علي المفسدة وهو المعتوه».

(٣) الملكية ونظرية العقد ص ٢٨٦، وأحكام المعاملات الشرعية ص ٢٤٧، الأموال ونظرية العقد ٣٢٨، الالتزامات للمرحوم الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم ص ١٣٥، الوسيط في شرح القانون ص ٢٨٠ الدكتور السهوري.

نقصر المعتوه على الأخير فقط ونعتبر الأول جنوناً ساكناً ونساير الفقهاء السابقين مادامت النتيجة واحدة، وبحثنا عنه من ناحية حكم تصرفاته فقط.

والمرجع المصري سوي بين المجنون والمعتوه في الحكم واعتبرهما من عديمي الأهلية م ١/٤٥ من المجموعة المدنية، ١١٤ من القانون تفيد أن تصرفات المجنون والمعتوه باطلة بطلاناً مطلقاً.

هذا والمجنون والمعتوه محجور عليهما بمقتضي الشرع من غير حاجة إلي حكم ولا يرتفع عنهما الحجر إلا بالإفاقة وزوال العلة إذا كانا قد ابتليا بعد البلوغ، أما إذا جن الصبي أو أصيب بالعتة فلا يرفع عنه الحجر بزوال العلة فقط عند البلوغ بل ومع إيناس الرشد عند من يراه^(١).

السفه والغفلة : السفه هو خفة تعتري الشخص فتحمله علي العمل باختياره علي خلاف موجب العقل رغم وجوده، وهو لا ينافي الأهلية^(٢)، وقد اصطلح علي تعريفه بعدم الإحسان في تدبير المال، وتبذيره علي خلاف مقتضي الشرع والعقل.

وذو الغفلة هو من لا يهتدي إلي التصرفات الرباحة بسبب البساطة وسلامة القلب مما يؤدي إلي غيبته في المعاملات المالية^(٣). ومع هذا فلا فرق بينه وبين السفه في الحكم.

(١) أما القانون فالمادة ١١٤ أشارت في الفقرة الأولى «علي أنه يقع باطلا تصرف المجنون أو المعتوه إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر» وفي الفقرة الثانية «أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العتة شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر علي بينة منها».

(٢) التوضيح والتلويح ج ٢ ص ٢١٧، كشف الأسرار ج ٤ ص ١٤٨٩، شرح المنار ص ٩٨٨ والدليل علي كمال أهليته تكليفه بالعبادات جميعها وموآخذته علي كل ما يرتكبه من جنایات وصحة وقفه ووصيته وزواجه وطلاقه.

(٣) والفرق بينهما أن ذا الغفلة ضعيف الإدراك أما السفه فكامل الإدراك لكنه مكابر في اندفاعه في إتلاف المال مما يجعله ضعيف الإرادة، وفرق بين ضعف الإادة وضعف الإدراك.

وجمهور الفقهاء يرون الحجر علي السفية ومن في حكمه ولو كان التصرف في وجوه الخير والبر^(١)، لأن الحجر للمحافظة علي ماله وعدم إضاعته حرصاً عليه وعلي أسرته. لكن الشافعي يري الحجر علي السفية عقوبة له لإضاعة أمواله في أوجه الشر والفجور، فلا يعتبر من أنفقها في وجوه الخير سفياً وكذا يري أبو حنيفة أن الإسراف في وجوه الخير لا يعتبر سفهاً.

وإذا بلغ الصبي سفياً أو ذا غفلة فلا خلاف في منع ماله عنه حتي يثبت له الرشد، غير أن الإمام أبا حنيفة يري أنه إذا بلغ خمساً وعشرين سنة ولم يثبت رشده دفع إليه ماله ولو كان سفياً مادامت أهليته كاملة، لأنه يري أن مال السفية يمنع عنه تأديباً له وزجراً، وبعد الخامسة والعشرين لا يصلح معه التأديب إذ يصعب تغيير العادات والطباع، ويرى الصحاح وباقى الفقهاء أن مال السفية لا يسلم إليه حتي يثبت رشده مهما بلغ عمره لظاهر الآية، وخوفاً علي المال من الضياع^(٢). وعلي كل فهم متفقون علي أن تصرفاته في الفترة التي يحتجز فيها ماله عنه لا ينفذ منها إلا ما كان نافعاً نفعاً محضاً.

أما إذا بلغ رشيداً وتولي أمر نفسه ثم أصابه السفه أو الغفلة بعد ذلك فأبو حنيفة وإن كان يري منع المال وإبعاده عنه إلا أنه لا يبطل تصرفاته ولا يحجر عليه^(٣) لأنه إنسان كامل الأهلية صحيح العبارة فهو حر في تصرفاته والحجر فيه إهدار لأهليته الكاملة وكل ما ارتكبه السفية أنه مكابر في ترك الواجب في الاعتدال في الإنفاق، والذي يحدث إنما هو ضرر في ماله والحجر عليه ضرر له في نفسه وضرر النفس أشد من ضرر المال، ويرى أن السفه الطارئ بعد البلوغ من آثار الصبا كما في الحالة السابقة.

(١) راجع رد المحتار ج ٥ ص ١٤١.

(٢) كشف الأسرار ج ٤ ص ١٤٩٠، شرح المنار وحاشية الرهاوي عليه ص ٦٨٩.

(٣) الحجر هو إبطال التصرفات القولية. التوضيح ج ٣ ص ٢١٩ والهداية ج ٣ ص ٢٢٥.

أما سائر الفقهاء غيره، فإنهم يرون الحجر عليه^(١) للمحافظة علي ماله لأنه مادام يمنع عنه المال ليبقي في ملكه ولا يزول بإتلافه، فلا بد من منع نفاذ التصرفات وإلا لبطل ملكه وزال، ولأن في منع تصرفاته في ماله محافظة علي أموال بيت المال أيضاً ودفعاً لضرر الناس مخافة أن يتصرف في ملكه ثم يستدين ولا يفي بما استدان فيصير علي المسلمين وبالأ و علي بيت مالهم عيالا^(٢)، وآية النهي عن إيتائهم الأموال عامة في كل سفيه، كما أشار القرآن إلي إقامة ولي للسفيه في آية^(٣) : ﴿فإن كان الذي عليه الحق سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل﴾ إلي غير ذلك من الآيات والأحاديث^(٤) والمادة (٦٥) من قانون الولاية علي المال علي أنه «يحكم بالحجر علي السفيه وذوي الغفلة ولا يرفع الحجر عنهما إلا بحكم».

بدء بطلان تصرفات السفيه وزوال السفه : وبأخذ السفيه عندهم في تصرفاته حكم الصبي المميز إلا في العقود التي لا يؤثر فيها الهزل^(٥) غير أن أبا يوسف يري أن الحجر لا يكون ولا يزول إلا بحكم قضائي، فتصرفاته صحيحة حتي يحكم عليه

(١) إلا بالنسبة للتصرفات التي لا يطلها الهزل «الطلاق والعتاق والنكاح»، راجع شرح المنار ص ٩٨٩، كشف الأسرار ج ٤ ص ١٤٩٢ . مع ملاحظة مقال الشافعي والإمام من أن الحجر عقوبة له.

(٢) التوضيح علي التنقيح ج ٣ ص ٢١٧ و ٢٢٠.

(٣) سورة البقرة ج ٣ / ٢٨٢.

(٤) راجع كتاب الحجر في المبسوط ج ٢٤ ص ١٥٦، والبدائع ج ٧ ص ١٦٩، والمغني ج ٤ ص ٤٥٦، وراجع الوسيط للدكتور السهوري ص ٢٨١ وما بعدها.

(٥) فطلاته وزواجه صحيح ويجب عليه مالا يزيد عن مهر المثل، وعند الشافعي لا يصح من السفيه نكاح بغير إذن وليه راجع نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٥٦ كما أجازوا وقفه علي نفسه ومن بعده لذريته وكذا وصيته في حدود الثلث والقانون المصري في مادته ١١٥ ، ١١٦ يتلاني مع قاله جمهور الفقهاء.

بالحجر، كما لا تصح بعد ذلك حتي يحكم برفع الحجر عنه، لأن السبب متردد بين المحافظة علي بقاء ملكه، وبين ضرر الشخص نفسه بإهدار عبارته وإبطال تصرفاته، فلا بد من ترجيح أحد العاملين علي الآخر، والذي يرجح هو القاضي، ولكي لا يضر من عاملوه قبل أن تتبين حالته، والعمل علي هذا.

ويري محمد بن الحسن أن الحجر إنما وجب للسفاهة فما دام السبب قد تحقق ووجد فلا حاجة بنا لشيء آخر لوجود المسبب، ولو أجزنا تصرفاته قبل حجر التقاضي لامكنه أن يتلف أمواله ويبددها قبل صدور الحكم عليه، ولو أبطلناها بعد روال سببها - وهو السفه - لكان إبقاء للمسبب مع روال سببه^(١).

المدين بطين مستغرق

إذا امتنع المدين بدين مستغرق عن سداد دينه أو بيع ماله بقصد الماطلة فطلب الدائنون الحجر عليه، فالإمام أبو حنيفة لا يري الحجر عليه أو بيع ماله جبراً عنه، وإنما يحسبه الحاكم إذا ثبت قدرته ومطله حتي يقضي دينه^(٢).

ويري الصحابان وباقي الأئمة الحجر عليه، فيمنع من التصرفات والإقرارات الضارة بالغرماء مادام الدين يستغرق أمواله التي كانت في ملكه وقت الحجر عليه، وأجاروا بيع ماله جبراً عنه وقسمته بين الغرماء، علي أن يترك نفقته الحاضرة هو ومن تلزمه نفقتهم مادام ليس له مال غير المحجور عليه، لأن معاذاً رضي الله عنه لما ركبته الديون، باع النبي عليه السلام ماله وقسم ثمنه بين الغرماء بالخصص،

(١) كشف الأسرار علي البيهقي ج ٤ ص ١٤٩٤.

(٢) وفي كشف الأسرار ج ٤ ص ١٤٩٤ «أن أبا حنيفة أجاز للإمام إن كانت الديون والتركات من جنس واحد في المعني بأن كانت مبادلة أحد التقدين بالآخر [الدين من النقود الذهبية وماله من النقود الفضية] أن يبيع جبراً عن المدين استحساناً. وقال أبو حنيفة: إن المستحق علي المدين هو قضاء الدين، فبيع المال غير مستحق عليه وغير متعين لذلك، فإنه يتمكن من قضائه بالاستيعاب والاستقراض وقبول الصدقات، فليس للقاضي أن يعين هذه الجهة لقضاء الدين. ويقول فوق ذلك إن القاضي له أن يحبس المدين الماطل باتفاق الفقهاء ولو جاز له بيع ماله فلا ضرورة لإضاعة الوقت بالحبس».

ولأن «الأصل أن من امتنع عن إيفاء حق مستحق عليه وهو مما تجزئ فيه النيابة ناب القاضي منابه»^(١) والحجر هنا يكون من وقت الحكم القضائي عندهما، فالدين وحده لا يقوم به حجر ولا بد من قضاء القاضي، ووافقهما الشافعي، بينما نجد الإمام مالكا يرى أن الحجر يتم لمصلحة الدائنين من غير توقف علي قضاء فيصح لهم إبطال أي تصرف له أو أي إقرار يضر بحقوقهم قبله من غير توقف علي قضاء لأن حق الغرماء قد تعلق بماله فهو سبب الحجر ولولا تعلق حق الغرماء به لما كان للحاكم أن يحجر عليه.

والمدين لا يملك بعد الحجر أن يتصرف فيما كان مملوكا له وقت الحجر بأي تصرف ينتج ضياع شيء من هذه الأموال، وإنما تصرفاته المالية فيها موقوفة علي إجارة الغرماء أنفسهم، وبالتالي فتصرفاته معهم دون اعتراض أحدهم صحيحة سواء أكانت تبرعاً صرفاً أم كانت محاباة في معاوضة. ومن الواضح أنه إذا أسقط أحد الغرماء حقه قبل المدين كان من حق المدين المحجور عليه أن يتصرف في حدود ما تم إسقاطه من دين.

أما أمواله التي اكتسبها بعد الحجر فهي خالصة له، يتصرف فيها كيف شاء، مادام لم يقع عليها حجر^(٢) بخلاف السفه فالحجر يشمل كل ماله.

أما إذا كان عند المدين ما يزيد علي دينه وخاف الدائنون من ضياع أمواله في التجارة أو تهريبها إلي غيره بطريق الإقرار له، حق لهم الحجر عليه لبيطلوا تصرفاته ويكون الحجر بحكم قضائي اتفاقاً^(٣).

(١) راجع في ذلك جميعه حاشية ابن عابدين ج ٥ ، ٢٠ وما بعدها، كشف الأسرار ج ٤ ص ١٤٩٤ وما بعدها، التوضيح والتلويح ج ٣ ص ٢٢٠ - ٢٢٢ ومقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢٠ وما بعدها.

(٢) المراجع السابقة

(٣) يقول الفئري علي التلويح «الثاني أن حجر الديون خوفاً من التلجئة يتوقف علي قضاء القاضي اتفاقاً والتلجئة هي أن يبلجئك إلي أن تأتي أمراً باطنه خلاف ظاهره، وقيل معناه أنا ملجأ أي مضطر إلي ما أباشره من البيع منك ولست بقاصد حقيقته»



مرض الموت ١

المرض هو حالة تعترى البدن يزول بها اعتدال الطبيعة^(١) والمريض مريض الموت هو الذي يكون في حالة يغلب عليه فيها الهلاك لا محالة بسبب ما هو فيه وأن يتصل الموت به، سواء أكان الموت بسببه أم كان نتيجة سبب آخر.

وبذا لا يكون المريض مرض الموت الذي نعينه هو فقط طريق الفراش بمرض يفضي إلي الموت عادة ويتصل به الموت فعلاً، وإنما يشمل أيضاً المصاب بأفة لا برء منها ويتوقع معها الموت ويموت فعلاً بسببها أو بسبب آخر، أما إذا مرض بما يغلب علي الظن الهلاك به، ثم شفاؤه الله ومات بعد ذلك بمرض آخر أو بغير مرض، فإن التصرفات التي أحدثها وهو في مرضه الأول لا تعتبر تصرفات المريض مرض موت لانتفاء ركن الاستمرار إلي وقت الموت ..

وفي الوقت نفسه لو بقي المرض الأول، لكنه مات بحادث أو بسبب آخر فإنه يعتبر مريضاً مرض موت ويأخذ حكمه. وكذا المحكوم عليه بالإعدام عند أخذه للتنفيذ فيه، ومن يكون في سفينة لعبت بها الأمواج وجنحت للغرق، والأسير عند من يعرف عنهم قتل الأسري^(٢). وكذا المريض مريضاً مزمناً لا يرجي معه شفاء ويزيد حاله من سيئ إلي أسوأ من غير استقرار واتصل الموت بهذه الحالة بصرف

(١) يراجع في ذلك المغني ج ٦ ص ٧ وصية المريض، ص ٣١٩ طلاق المريض، الزلمي ج ٢ ص ٢٤٨، فتح القدير ج ٣ ص ١٥٠، ج ٧ ص ٢، ج ٨ ص ٤٦١، التوضيح والتلويع ج ٣ ص ٢٢٠ - ٢٢٢ ومقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢٠٠ وما بعدها، البدائع ج ٧ ص ٢، ج ٨ ص ٤٦١، التوضيح والتلويع ج ٣ ص ١٨٣ وما بعدها، البدائع ج ٧ ص ٢٢٤، المبوط ج ١٨ ص ٢٤ الإقرار في المرض وما بعدها، كشف الأسرار ج ٤ ص ١٤٢٧، شرح المنار ص ٩٦١.

(٢) وكذا فيما أراه من يدلع إلي معركة مع قلة سلاحه وضعفه وقوة العدو وعظيم عدته وعدده، ومثل هذا المعركة التي كانت بالإسماعيلية بين جماعة من قوات البوليس بسلاحهم القاصر أمام قوات الجيش البريطاني بسلاحهم الجوي والبري وأسلحتهم سريعة الطلقات.

النظر عن السبب الذي حدثت به الوفاة - ولا فإذا استقر مرضه علي حال واستمر أكثر من سنة صحت جميع تصرفاته، فإن بدأ المرض في الازدياد بدأت حالات مرض الموت^(١) وهكذا.

فالمرء في حالته هذه يتغلب عليه الذعر، أو يتغلب عليه اليأس من الحياة فقد يتصرف في أمواله تصرفاً غير صحيح يضر بصالح دائنيه إن وجد له دائنون. كما يصح أن يتصرف تصرفاً يضر بمصلحة بعض وارثيه.

أما إذا فشا الطاعون في بلدة فهل يعتبر أهلها جميعهم مرضي مرض موت فتطبق علي تصرفات كل فرد منهم أحكام مرض الموت^(٢).

تصرفات المريض في أمواله وتعلق حق الخير بها ،

يتعلق بأمواله حق أصحاب الديون، وحق الورثة من حين بدء الحالة التي يعتبر فيها مريضاً مرض موت، وإن اشترك الورثة والغرماء في تعلق حقهم الرجعي بمال المريض مرض الموت، إلا أن حق الدائن يتعلق بمالية التركة كلها، أما الورثة فيستعلق حقهم الرجعي بمال المريض مرض الموت. إلا أن حق الدائن يتعلق بمالية التركة كلها، أما الورثة فتعلق حقهم بثلاثيها بعد الدين^(٣).

(١) فليس من هذا القبيل الموت المفاجئ بمرض غير معروف له من قبل، ولا بمرض لا يتوقع مسعه الموت عادة، ولا الموت بحدوث مفاجئ مع خلو الشخص من الأسباب السابقة.

(٢) جاء في حاشية ابن عابدين ج ٢ ص ٧٢١. «إذا دخل الطاعون محلة أو داراً فغلب علي أهلها خوف الهلاك، كان ذلك كما في التحام القتال أي أنهم يعتبرون مرضي مرض موت، أما الذي طعن فعلاً فلا خلاف فيه، ونقل عن الشافعي أنهم في حكم المرضي».

(٣) ويرى أبو حنيفة أن حق الورثة متعلق بأعيان التركة لا بمالياتها، وعلي هذا لو باع المريض لأحد الورثة شيئاً من التركة بقيمته الحقيقية كان موقوفاً علي إجازة باقي الورثة عند الإمام. أما عند صاحبين فهو تصرف نافذ، أما لو باع وسدد الدائنين فلا حق لهم علي الأعيان لسقوط حقهم بالسداد (راجع كشف الأسرار ج ١ ص ١٤٣١. وراجع للمؤلف المقاصة في الفقه الإسلامي بحث مقارن ص ٥٤).

أما تصرفاته حال حياته فصحيحة نافذة، إذا كانت تقبل الفسخ كالبيع لأنه بكامل أهليته وإلا فمعلقة كالطلاق والعتاق لأنه تصرف لا يمكن فسخه، ولا يمنع من هذا كون حق الوارث والدائن يكون له أثر رجعي ويثبت من قبل الوفاة. فإذا وهب أو وقف أو أوصي أو باع أو اشتري بفن أو طلق^(١)، أو تزوج أو أعتق أو أجر أو استأجر إلي غير ذلك من العقود والالتزامات التي تتعلق بتركته، فكلها صحيحة نافذة من وقت صدورهما، أو معلقة علي الموت^(٢).

أما بعد وفاته وهو علي حال يغلب عليه فيها الهلاك، فيكون قد تأكد أن التصرف كان في مرض الموت ويظهر حق الغير، ويكون التصرف موقوفاً علي الإجازة^(٣) من الدائنين بمقدار دينهم ومن الورثة في باقي التركة مادام في التصرف ضياع لحق الدائنين في استيفاء دينهم من أمواله، وحق الورثة في ثلثي التركة بعد الدين، منعاً للإضرار ببعض الورثة علي البعض الآخر. إلا إذا كان التصرف بما تعلق به حقه الخاص أو يتصل بذلك، كنفقته وعلاجه

(١) فللمطلقة إذا ثبت أن الطلاق في مرض الموت حق الإرث ويسمي طلاق القار علي التفصيل الوارد في المصادر السابقة، وزواجه صحيح، لكن إذا راد الصداق عن مهر المثل حق للورثة الطعن فيه وإنقاصه إلي مهر المثل وكانت الزيادة تبرعاً تأخذ حكم الوصية، وهي طبقاً للقانون تمجور للوارث أيضاً، وراجع للمؤلف الفقه الإسلامي في الزواج والفرقة وآثارهما.

(٢) وفي التوضيح والتلويح جـ ٣ ص ١٨٣ / ١٨٤ «فيجوز النكاح بمهر المثل، وكل تصرف يحتمل الفسخ يصح في الحال ثم ينقض إن احتيج إليه ومالا يحتمل الفسخ كالإعتاق يصير كالمعلق علي الموت».

(٣) يقول الكاساني في البدائع جـ ٨ ص ٢٢٤ «أما وقت التعلق فهو مرض الموت وما دام المدين صحيحاً فالدين في ذمته فإذا مرض مرض الموت يتعلق بتركته أي يتعين فيها ويتحول من الدمة إليها إلا أنه لا يعرف كونه مرض موت إلا بالموت فإذا اتصل به الموت تبين أن المرض مرض الموت من وجوده فتبين أن التعلق يثبت من ذلك الوقت».

(٤) راجع المنار لابن ملك ص ٩٦١.

وزواجه بهر المثل وتجهيزه، لأنه من خالص حقه، وليس لأحد الحق في إبطالها^(١).

وحق الدائن مقدم علي الآخرين ، فإذا كان الدين مستغرقاً للتركة جميعها بطلت تصرفاته كلها المتعلقة بماله من وقت صدورها مادام الدائنون متمسكين بديونهم، فإذا أسقط الدائنون دينهم أو جزءاً منه فللورثة حق إبطال هذه التصرفات^(٢). وإن كانت التركة أكثر من الدين استوفي الغرماء دينهم من التركة والباقي منها يكون للورثة، فإذا كان الباقي بعد الدين والتصرفات أقل من ثلثي التركة حق لهم أن يبطلوا من تصرفاته السابقة التي فيها تبرع أو محاباة وحدثت في مرض الموت بقدر ما يفي لهم بالثلثين.

أما تصرفاته فيما يتعلق بمنافع الأعيان فكلها صحيحة، لا يملك أحد إبطالها بعد وفاته عن فترة مرض الموت، ولا يتعلق بها حق الدائنين، أو الورثة لأن حقهم يتعلق بها بعد الوفاة، والمنافع ليست بأموال عند الأحناف ولا تورث، ولأن التصرفات في المنافع تبطل من تلقاء نفسها بوفاة المتصرف. وعلي ذلك كان له أن يعير ويؤجر بغبن فاحش أو يسير ولا يرجع الدائن أو الوارث علي المستعير أو المستأجر بشيء عن المدة التي قبل الوفاء^(٣).

(١) راجع المنار لابن ملك ص ٩٦١.

(٢) في حدود الثلثين، واعتبر الباقي وصية لمن تبرع له أو كان قد حابه، يشترك فيها جميع المرصي لهم إن استغرقت الثلث.

(٣) وقد تناول القانون في المادة ٩١٦ مرض الموت.

المبحث الرابع

الولاية

الشخص الذي ليست له أهلية أداء يسمى قاصراً، ويكون دائماً في حاجة إلى من يدير أمواله ويرعاه، ويكون الممثل الشرعي له^(١)، وتصرفات الولي التي يجريها لحساب القاصر ولمصلحته نافذة على القاصر جبراً مادامت مستوفية شرائطها فلا يجوز للقاصر بعد بلوغه رشده أن ينقصها^(٢) علي أن كامل الأهلية قد يكل إلى غيره بعض التصرفات لأنه أكثر منه خبرة بها، أو لأن وقته لا يسمح بالقيام بها فيبشرها عنه بمقتضى هذه الوكالة.

تعريف الولاية .

الولاية^(٣) سلطة شرعية علي النفس أو علي المال يترتب عليها نفاذ التصرف فيها شرعاً، ولا يكون الشخص ذا ولاية إلا إذا كان له أهلية أداء، ولكن قد يكون الشخص أهلاً للتعاقد إلا أن عبارته لا يترتب عليها التزام لانعدام الولاية في موضوع التعاقد كمن يتصرف بالبيع في مال غيره ممن ليست له عليه ولاية.

أقسام الولاية : الولاية تكون ذاتية وهي ولاية الشخص علي نفسه مادام أهلاً للتعاقد، فالولاية الذاتية لا تنفك عن الأهلية مطلقاً. فمادام الإنسان أهلاً

(١) غير أن هناك بعض الأشياء التي لا تقبل النيابة مثل حلف اليمين.

(٢) وهناك حالات نص عليها الفقهاء تستثني من هذه القاعدة، وأثبتوا للشخص فيها حق فسخ العقد بأن كان الولي مهر الأب والجد وزوج من في ولايته من المجنون أو المعتوه ذكراً أو أنثى، فإنه عند الإفاقة من هذا العارض يثبت له خيار الإفاقة، وكلما عند أبي حنيفة ومحمد يثبت خيار البلوغ للصبي إذا روجه غير الأب والجد.

(٣) الولاية بفتح الواو وكسرهما مصدر ولي يقال ولي الشيء إذا ملك أمره ومن معاني الولي النصير ومنه قوله تعالى «وما لكم من دون الله من ولي ولا نصير».

للتعاقد كانت له ولاية من الشارع علي جميع شئونه مالية كانت أم غير مالية، من إلزام أو التزام، وكانت جميع تصرفاته نافذة ملزمة له^(١).

وتكون الولاية متعددة وهي ولاية الشخص علي غيره سواء أكان قد استمد هذه الولاية من الشارع ابتداء بناء علي أمر عارض جعله حلة وسبباً لثبوتها كولاية الأب والجد الصحيح^(٢) علي الصغير ومن في حكمه، فإن الولاية ثبتت لهما ابتداء بسبب ولاية المولي عليه لهما، ولذا كانت الولاية هنا وصفاً ذاتياً لكل منهما، لا يملك أحدهما التنازل عنها^(٣).

كما تكون الولاية مستمدة من الغير، وهذه قد تكون عامة كولاية الحاكم علي المحكوم المستمدة من البيعة، ومنها ولاية القاضي^(٤) فيما له من الولاية العامة جعله الشارع ولي من لا ولي له، وقد تكون خاصة كولاية الوصي والوكيل فالوصي إنما يستمد ولايته من الشارع بواسطة أحد الأولياء السابقين والوكيل إنما يستمد ولايته من الموكل نفسه.

أقسام الولاية علي الغير : والولاية علي الغير قد تكون ولاية علي ماله أو علي نفسه أو عليهما معاً فالأب والجد ولايتهما علي الصغير ومن في حكمه في ماله ونفسه من رعاية ماله، وتربيته وتأديبه وتثقيفه وتزويجه. والعم وابن العم إن كان أقرب عاصب للصغير ومن في حكمه فله عليه ولاية النفس من المحافظة عليه أيضاً وتزويجه، وقد تكون ولاية المال لغيره، وكذلك فالوصي ليس له ولاية علي النفس وإنما ولايته علي المال.

(١) إلا ما ترتب عليه فسرر بالغير فإن العقد يكون موقوفاً علي إجازة المنفرد بمحافظة علي حقوق ومصالح الغير، كالأمن إذا باع العين المرهونة فإنه رغم أهليته وثبوت ولايته الذاتية يكون عقده موقوفاً علي إجازة صاحب الحق المرتهن، أو أداء ماعليه من دين، وكذا تصرفات المدين الضارة بالدائنين.

(٢) الجد الصحيح هو أب الأب.

(٣) راجع الأشباه ص ١٩٢ الفن الثاني.

(٤) راجع قواعد ابن رجب، ومذكرات فضيلة الاستاذ الشيخ علي الحنيف لطلبة الدراسات العليا في موضوع النيابة عن الغير ص ٥٠.

الولاية علي النفس : تتناول الولاية علي النفس ضرورياً عديدة من القيام علي نفس المولي عليه كولاية ضم الصغير لأقرب عاصب ليقوم بتربيته وتوجيهه وتعليمه وتشغيله وتطبيبه وتزويجه .

والولاية علي النفس قد تكون قوية فتخول لصاحبها الإيجار^(١) علي الزواج والختان وإجراء العمليات الجراحية في غير حالات الضرورة التي تتطلب علاجاً عاجلاً . وقد تكون الولاية علي النفس ضعيفة فلا تخول للمولي إلا مجرد رعاية القاصر وإيوائه وتعليمه ، ولا يجيز له إجباره علي الزواج ولا إجراء عملية جراحية له بحيث يكون ضامناً لما يحدث من ضرر أو وفاة بسبب ما أجبره عليه^(٢) .

والولاية علي النفس يتولاها الأقرب فالأقرب من العصبات وعند تعدد العصبات من درجة واحدة كالإخوة يقدم الشقيق فلماذا لم يوجد عاصب مطلقاً انتقلت الولاية علي النفس إلي الأم ثم إلي غيرها من الأقارب ذوي الأرحام علي التفصيل الوارد في باب الولاية علي النكاح والولاية علي النفس نظمتهما مسائل الأحوال الشخصية وقوانينها .

الولاية علي المال : هي القدرة علي إنشاء العقود الخاصة بالأموال ومنافعها وتنفيذها ، والواقع كما يري ابن حزم أن النظر في مصالح الصغار ومن في حكمهم مصلحة اجتماعية يجب أن تراعي فيها الحيطة وظروف الزمن ولا تخضع لأقوال الفقهاء في عصور تختلف عن عصور أخرى ، وسلطة الولي علي المال قد تكون قوية^(٣) فتخول للمولي حق الاتجار في مال القاصر وبيعه بقيمته أو بغبن يسير

(١) والولاية علي التزويج قد تكون ولاية إجبار فيثبت للمولي حق تزويج من في ولايته جبراً عنه وقد تكون اختيارية لا بد منها من استشارة ورضاء المولي عليه علي ما في هذا من تفصيل وخلاف موضعه عقد الزواج . وقد تناولنا ذلك في كتابنا الزواج والفرقة وأثرهما في الفقه الإسلامي .

(٢) ابن عابدين ج ٣ ص ٣١٧ .

(٣) والولاية القوية في النفس أو في المال هي التي تثبت للأب أو الجد الصحيح ، والضعيفة فيهما هي ولاية من في حجره الصغير ممن كان أجنبياً عنه كزوج الأم وكالأولياء من الأقارب الذين لم تسند إليهم الولاية لوجود من هو أقرب منهم (راجع الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ، المجلد الثاني الطبعة السادسة ص ٨١٦ للأستاذ مصطفى الزرقا)

إن كان أباً والإذن له بالتجارة، وقد تكون ولاية ضعيفة لاتعطيه حق الاتجار وإنما تخول له الإنفاق الضروري عليه وقبض الهبة وحفظ أمواله وبيع بعض المنقولات. ومع هذا فإنه لايجوز لولي المال غير الأب قوياً كان أو ضعيفاً أن يتصرف في العقارات المملوكة لمن في ولايته بالبيع إلا بإذن من القاضي علي تفصيل بين الفقهاء في ذلك.

والولاية علي المال نظمها القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ كما تضمن القانون رقم ١٢٦ لسنة ١٩٥١ الإجراءات الخاصة بالولاية علي المال وأحكام القانون الأول في جملتها مستمدة من الشريعة الإسلامية فهي المصدر الذي يجب أن يرجع إليه عند افتقاد النص أو وجود غموض فيه .

سبب الولاية على الصغير :

مما تقدم نعرف أن الولاية إما أن تكون بتولية المالك نفسه، وهذا سبب في ولاية الوكيل، وإما أن يكون سببها أحد أمرين :

١- الأول :والجد يكون من قبل الأب فيأخذ حكمه، وكذا وصيهما فولايتهما بسبب الأبوة من حيث المعنى.

٢- أن يكون سببها القضاء : فالوصي المعين من قبل القاضي إنما يستفيد الولاية منه فكان القضاء نفسه سبباً فيها^(١) والولاية إن كان سببها الأبوة أو القضاء فهي لاتكون إلا علي الصغير أو من في حكمه.

(١) راجع في هذا البدائع ج ٥ ص ١٥٢، فتح القدير ج ٢ ص ٤١٢ ومابعداها، ج ٨ ص ٤٨٩ ومابعداها، المغني ج ٦ ص ١٣٧ ومابعداها، الأشباه لابن نجيم ج ٢ ص ١٥٣، الاختيار شرح المختار ج ٣ ص ١٩٧ .

شروط الولاية على الصغير ومن فقد حكمه .

أن يكون له أهلية أداء كاملة وقد تضمنت المادة ٢ من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ هذا المعنى فلا تثبت ولاية للصبي والمجنون لأنهم لا ولاية لهم علي أنفسهم فلا تكون لهم ولاية علي غيرهم إذ فاقد الشيء لا يعطيه وبذا نجد أنه يشترط أن يكون الولي بالغاً عاقلاً وأن يكون مسلماً إن كان المولي عليه مسلماً، فلا تثبت ولاية غير المسلم علي المسلم لقوله تعالى ﴿ولن يجعل الله للكافرين علي المؤمنين سبيلاً﴾^(١) كما لا تثبت ولاية المسلم علي غير المسلم لقوله تعالى ﴿والذين كفروا بعضهم أولياء بعض﴾^(٢) وبذا تنتفي الولاية بين المسلم وغير المسلم^(٣).

وأن يكون أميناً عدلاً حريصاً علي مصلحة من ولي عليه، لأن مصلحة الصغير ومن في حكمه مقدمة علي كل اعتبار لقول الله تعالى ﴿وليخش الدين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافاً خافوا عليهم فليستقوا الله...﴾^(٤) وقوله تعالى ﴿إن الدين يأكلون أموال اليتامي ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً﴾^(٥) ويقول النبي ﷺ «من لم يرحم صغيرنا فليس منا»، وضياح مصلحة الصغير ومن في حكمه ليست من الرحمة في شيء فلا ينبغي أن يتصرف الوالي في مال من تحت ولايته تصرفاً فيه غبن به، ولا أن يجيز تصرفاً فيه ضرر به، ولا أن يهب شيئاً من ماله، ولا يتصرف إلا التصرفات النافعة أو التي يغلب

(١) سورة النساء ١٤١/٥.

(٢) سورة الأنعام ١٣ / ١٠.

(٣) ويحكى لنا الاستاذ الشيخ علي الحقيف في مذكرات النيابة عن الغير ص ١٠ «إنها جاءت في

الولاء والنصرة فيما بين المسلم وغيره لافي الولاية علي النفس أو علي المال وإذا لا تصلح دليلاً

لاشترط اتحاد الدين».

(٤) سورة النساء ٩/٤.

(٥) سورة النساء ٦/٤.

عليها النفع^(١)، والأولياء متفاوتون في الحرص علي الصغير ومن في حكمه وعنايتهم به، ولذا رتب الفقهاء الأولياء علي الوجه الآتي

مراتب الأولياء على الصغير :

اتفق الفقهاء جميعاً علي تقديم الأب لأن الأصل فيه أنه أكثر الناس رعاية لمصلحة أولاده، وتبدأ ولاية الأب من وقت ولادة الجنين ومن وقت وجود حق له، فإذا لم يوجد الأب فالأحناف يجعلون الولاية بعد الأب لوصيه الذي يختاره ويعينه وصياً علي أولاده بعد عماته لأنه موضع ثقته وتقديره وهو أعرف الناس بما فيه مصلحة أولاده، ومن بعده إذا فقد أو لم يوجد يكون الجدة الصحيح^(٢)، فشفتته من شفقة الأب، ومن بعده فلوصيه الذي يختاره هو، ثم بعد ذلك فللقاضي لأنه ولي من لاولي له، والقاضي لمشاغله في مصالح العامة يعين وصياً من قبله.

لكن الشافعي يري في ترتيب الأوصياء أن الجدة مقدم علي وصي الأب إن كان قد أوصي، لأنه أشفق عليه باعتبار أنه حفيده.

ومالك وأحمد لايعتبران الجدة مطلقاً، ويجعلان الولاية بعد الأب لوصيه ثم للقاضي أو وصيه، وعلي كل فمن كانت له الولاية علي المال من كل هؤلاء فهو الذي يخاصم عن الصغير، كل هذا إذا كان المولي عليه صغيراً أو بلغ مجنوناً.

(١) يقول صاحب الاختيار شرح المختار ج ٣ ص ١٩٨ «فإن كان الوصي عاجزاً ضم إليه القاضي آخر، وإن كان عبداً أو كافراً أو فاسقاً استبدل به. واختلف الفقهاء في اشتراط استقامة الولي فلم يشترطها الأحناف وبعض الشافعية في الولاية علي النفس، ويرى بعض الشيعة اشتراطها في الحاكم الوصي دون الأب والجدة، أما الحنابلة فيشترطون الاستقامة والرشد أيضاً». وأخيراً فإن جمهور الفقهاء يشترطون الذكورة، وأجاز أبو حنيفة جعل الولاية للأنثي في بعض الأحوال.

(٢) المادة الأولى من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ «الولاية للأب ثم الجدة الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً للولاية علي مال القاصر وعلي القيام بها ولا يجوز أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة»، كما أن المادة ٢٨ نصت علي أن للأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر



الولاية على المجنون والسفيه ومن فح حكمهما :

إذا بلغ الصبي سفيهاً فالولاية عليه عند أبي يوسف للقاضي أو من يقيمه لأن الحجر عنده لا يثبت إلا بحكم القاضي، وعند محمد بن الحسن فإن الولاية تستمر عليه لمن كان ولياً من قبل. وقد عرفت من قبل أن الإمام أبا حنيفة يرى استمرار الولاية عليه حتي يبلغ الخامسة والعشرين.

أما من بلغ رشيداً ورالت عنه الولاية ثم اعترضه جنون أو عته. فالراجح عن الأحناف أن تعود الولاية لمن كانت له قبل البلوغ، وإلا فبالترتيب المتقدم لكن ابن حنبل ومن وافقه يرون أن الولاية تكون للقاضي ووصيه لأنها تسقط بالارتفاع والساقط لا يعود.

أما إذا اعترضه بعد البلوغ رشيداً شيء مما لا يؤثر في أهلية الأداء كالسفه والغفلة فالولاية للقاضي ووصيه خلافاً للإمام الذي لا يرى الحجر عليهم^(١).

هذا وقانون المحاكم الحسبية رقم ٩٩ سنة ١٩٤٧ جعل ولاية القاضي للمحكمة الحسبية بعد أن كانت بمقتضى القانون رقم ٤٠ سنة ١٩٣١ للمجالس الحسبية، وقد أجاز القانون للمحكمة أن تتدخل بالنسبة لولاية الأب والجد فتحد من تصرفاته إن رأت فيها ما يفتقر مصلحة علي الصغير أو تسلب الولاية، وقد عرفت رأي الأحناف من قبل في السفه كما أن الأصل في الفقه الحنفي أن فسق الأب وتبذيره لا يزيل ولايته علي أولاده، وإن كان ما رآه صاحبان من الحجر علي السفه يزيل ولايته المالية علي أولاده أيضاً.

والقانون إذاً يكون قد جعل للمحكمة الإشراف الكلي علي القصر ومن في حكمهم، وأصبح وصي الأب وصي الجد ليس إلا مرشحين منها للمحكمة أن

(١) راجع في هذا إن أردت التوسع غير كتب الفقه مذكرة النيابة عن الغير للأستاذ الفاضل الشيخ علي الخفيف لقسم الدكتوراه.

تعينه ولها أن تعين غيره تبعاً لما فيه المصلحة، وستتاول العقود بالنسبة للأولياء والأوصياء بكل إيجاز.

حقوق الأولياء والأوصياء ومطاع حريتهم :

أما الأب فله أن يبيع مال الصغير بقيمته أو بغبن يسير منقولاً كان أو عقاراً^(١) ويبيع ذلك أو شيئاً منه لنفسه أو لغيره ممن تحت ولايته أو لأجنبي ويؤجر نفسه للصغير كما يؤجر الصغير نفسه، وأن يستثمر ماله، ويده مطلقة في كل عمل يري فيه نفعاً له، ومع هذا فتصرفه في مال الصغير لا ينفذ إذا كان مضرراً به كالغبن الفاحش أو البيع إلى مفلس.

أما وصي الأب وهو المسمي بالوصي المختار^(٢) فإنه يقوم مقام الأب في الولاية علي التركة نفسها. فله ولاية يبيعها كلها سداداً للدين إن كان الدين مستغرقاً. وله أن يحافظ علي مصلحة القصر وله الولاية عليهم، كما يحافظ علي نصيب الغائبين في التركة لأن ولايته مبسطة عليها إذ ولايته مستمدة من الأب مباشرة، غير أنه يفترق عن الأب في أنه ليس له أن يبيع العقار إلا للضرورة، ولا يبيع من ماله للقاصر أو يشتري منه ولا لأحد ممن تحت ولايته.

(١) وتتضمن المادة السادسة من القانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ أن الولي ممنوع من التصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو أقاربهما إلي الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة كما تضمنت المادة السابعة منعه من التصرف في العقار إذ رادت قيمته عن ٣٠٠ جنيه إلا بإذن من المحكمة، وكذا بالنسبة للمحل التجاري والأوراق المالية، والمادة الثامنة تشير إلي منع الولي من التصرف في المال الموروث إلا بإذن من المحكمة إذا أوصي مورث القاصر بذلك.

(٢) يعين بمقد إيصاء يتم بإيجاب من الموصي وقبول من الوصي أو سكوته مباشرة العمل بعد وفاة الموصي ويقول صاحب الاختيار ج ٣ ص ١٩٧ «إذا قبل أمام الوصي ثم رده أمامه فهو رد وإن رد عقد الإيصاء في غير وجهه فليس برد».

وأما الجدد فيصرف في مقدار نصيب من في ولايته بكل أنواع التصرفات التي كان يملكها الأب علي نفسه لأن ولايته أصلية مستمدة من الشارع رأساً. ومع هذا فليس له ولاية علي التركة نفسها وليس له أن يبيعها جميعها سداداً للدين وإن كان كما يقول بعض الفقهاء له ولاية علي التركة أيضاً لكن باعتباره خليفة عن المتوفي إذ هو أحد الورثة لا باعتباره ولياً، وأما وصي الجدد فيأخذ حكم وصي الأب تماماً في تركة الجدد نفسه وفي الولاية علي الصغير.

هذا وقد بينا من قبل أن المحكمة الحسية هي التي اختصت الآن بالإشراف علي كل هذا وتعيين الأوصياء وأصبح لها الإشراف أيضاً علي الأولياء وسلب الولاية عنهم إذا اقتضي الحال ذلك^(١) وقد أشارت المادتان ١٦، ٤٧ من القانون المدني علي أن القانون الذي يجب تطبيقه هو قانون الشخص الذي يجب حمايته.

(١) وبمقتضي المادة رقم ٢ من القانون ١١٩ سنة ١٩٥٢ تكون الولاية علي المال مستجهة إلي مذهب إلي الفقهاء أيضاً من أن الذي يحجر عليه وتكون ولايته لغيره لا يصلح أن يكون ولياً علي غيره بالتالي، ولذا تقتضي المادة المذكورة بأنه لا يجوز للولي مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو أما إذا لم تصل حاله إلي الحجز عليه فإن ذلك لا يسقط ولايته بل يستردها إلي زوال العارض. وتنص المادة ٢٤ علي أن الأب لا يسأل إلا في خطئه الجسيم. أما الجدد فيسأل مسئولية الوصي كما تضمنت المادة ٢٥ وأن الأب لا يحاسب علي ما تصرف فيه من ريع المال القاصر ومع ذلك يحاسب من ريع المال الذي وهب للقاصر لغرض معين كالعليم أو بحرفة أو مهنة.

القفل الثالث

حق الملكية

الملكية نسبة للملك الذي هو حيازة الشيء حيازة تمكن الحائز من التصرف فيه والانتفاع به علي وجه شرعي^(١).

والفقهاء متفقون علي أن الاعيان والمنافع كلاهما يقبل الملك فلذلك كما تملك الدار تملك منفعتها، وإن كان هناك خلاف بين الفقهاء فيما يملك فهو بعيد عن إقرار تملك المنفعة، وإنما هو في تملك الاعيان^(٢).

والملكية علاقة شرعية بين الإنسان^(٣) والأشياء تجعله مختصاً فيه اختصاصاً يمنع غيره عنه بحيث يمكنه التصرف فيه عند تحقيق أهليته للتصرف بكل الطرق

(١) أو هو كما يقول الكمال بن الهمام في كتابه فتح القدير : «الملك هو القدرة علي التصرف ابتداء إلا للمنع» وهو بهذا يجعل من ينوب عن غيره في ملك التصرف غير مالك لأنه لا يقدر علي التصرف ابتداء بل يقدر عليه بقدرة المالك، كما يجعل من يملك التصرف مالكا حتي لو كان عديم الأهلية أو ناقصها، ويعرف الفقيه القرافي الملك : «بأنه حكم شرعي مقدر في العين أو النفقة يقتضي تمكين من يضاف إليه من انتفاعه بالشيء وأخذ العوض عنه، وإن كان من المتفق عليه والمقرر في الفقه الإسلامي أن الحقوق كلها لا تثبت إلا بإثبات الشارع لها وتقريره لأسبابها، ومنها حق الملكية، فإن الفقيه القرافي صاحب التعريف السابق هو الذي أظهر هذا المعنى واضحاً في التعريف.

(٢) فبعض فقهاء المالكية يرون أن الملكية لا ترد إلا علي المنافع فقط، وأما الاعيان فملكيته لله سبحانه وتعالى، ولا ملك للإنسان فيها في الحقيقة والواقع، لأنه ليس للإنسان سلطان علي المادة وإنما سلطانه علي منافعها فقط.

(٣) وحق الملكية في القانون هو الحق المباشر لشخص علي شيء مادي معين وبمقتضاها يكون لهذا الشخص حق استعمال هذا الشيء واستغلاله والتصرف فيه في الحدود المقررة قانوناً م ٨٠٢ فالمالك قد يقرر لشخص آخر حق استعمال ملكه أو حق استعماله واستغلاله، كما يحق له أن يبيعه للمالك آخر محتفظاً لنفسه بحق المنفعة وهنا ينشأ ما يسمى بالحقوق في ملك الغير وهي حق الانتفاع وحق الاستعمال ويشمل حق السكني، وحق الحكر وحق الارتفاق.

السائغة له شرعاً وفي الحدود التي بينها الشرع^(١)، فالملكية ليست شيئاً مادياً وإنما هي حق من الحقوق، بل هي أوسع الحقوق، ولذا فإننا سنتكلم أولاً بكل إيجاز عن المال وأقسامه وعن المنافع.

المال : في اللغة ما ملكته من كل شيء^(٢) ، وفي الاصطلاح الفقهي^(٣) : كل ما يمكن تملكه وادخاره لوقت الحاجة^(٤). فهم لا يشترطون أن يكون الشيء

(١) والواقع أن محل الحق يكون مالا أو منفعة. مال أو منفعة مالمس بمال أو عمل، ومحل الحق في الاصطلاح القانوني هو الشيء أو العمل الذي يقع عليه، والأشياء هي المحل المباشر للحقوق العينية والمنوية، وهي المحل البعيد للحقوق الشخصية إذ الأعمال هي الحق المباشر لها والشيء هو كل ما يوجد، ولا يدخل فيه الإنسان ولا كل ما يقرر له القانون حقوقاً وواجبات. فهؤلاء أشخاص في لغة القانون.

وعلي هذا فالذي يعتبر شيئاً في نظر القانون المدني هو كل كائن ينفع الإنسان ويصح له أن يستأثر به، فما لا ينفع لثافته كقطرة الماء وحب القمح وحب التراب لا يعتبر شيئاً. كما أن الكائنات التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بغيرتها تخرج عن التعامل بطبيعتها فالشمس والقمر والنجوم والهواء في الفضاء كلها كائنات مشتركة لا يمكن إحراقها فلا تعتبر أشياء في نظر القانون.

والأعمال وهي كما قلنا محل للحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية خاصة وهذا النوع من الحقوق يخول لصاحبه قدرة اقتضاء عمل معين من المدين، وهذا العمل قد يكون إيجابياً أو سلبياً وعلي كل فيجب أن يكون ممكناً غير مستحيل في ذاته أي استحالة مطلقة لا نسبية كما يجب أن يكون العمل مشروعاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب.

(٢) وفي القاموس : كان المال في الأصل خاصاً بالذهب والفضة ثم أطلق علي كل ما يقتني ويمتلك من الأعيان.

(٣) وفي حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ٣ «المراد بالمال ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة» وفي البحر اسم لغير الأدمي خلق لصالح الأدمي وأمكن إحراقه والتصرف فيه علي وجه الاختيار، والعبد وإن كان فيه معنى المالية لكنه ليس بمال حقيقة حتي لا يجوز قتله وإهلاكه.

(٤) وفي القانون المدني الجديد : هو الحق المالي سواء أكان عينياً أم معنوياً أم شخصياً بعد أن كان المال في نظر القانون المدني القديم ومعناه التشريعات الأجنبية يعرف بأنه الشيء أو بأنه الحق. =

مملوكا فعلا، وإنما يكتفون بقاءه كان تملكه، فالطيور والحيوانات الهائمة في الفضاء وفي الماء، والهواء نفسه والماء يعتبر عندهم مالا، لأن كل ذلك يمكن تملكه بالاصطياد، والتعبئة داخل الأواني والانايب.

ويشترطون فوق إمكان التملك أن يكون الشيء قابلا للانتفاع فعلا، فتذكرة القطار والطائرة بعد استعمالها لا تعتبر مالا عندهم لأنها لا يتنفع بها. كما أنهم اشترطوا في الانتفاع أن يكون مشروعا علي وجه ما وقت السعة والاختيار لا وقت الضرورة والإكراه^(١)، وعلي هذا فلم يحرم الميتة وشحمها^(٢) لا يعتبران مالا في نظرهم رغم إمكان حيائته، وإباحة الشارع الانتفاع به عند الضرورة بمقدار ما يدفع الهلاك. وعلي أساس ما تقدم فكل مالا يمكن تملكه لا يعتبر مالا حتي مع تحقق الانتفاع به علي وجه يرتضيه الشارع حال السعة والاختيار، فالعلم والصحة والشرف وضوء القمر كلها ليست بأموال لأنه لا يمكن تملكها.

- ويقول الأستاذ الدكتور محمد سامي مذكور في كتابه نظرية الحق ص ١٧١ إن القانون المدني الجديد لم يسلّم من الوقوع فيما أراد أن يتحاشاه فالمادة (٨٧) منه تقضي باعتبار العقارات والمنقولات التي للدولة أموالا عامة وكان منطق التفرقة يقضي باعتبارها «أشياء عامة».

والأشياء في الاصطلاح القانوني : كل كائن ينفع الإنسان ويصح له أن يستأثر به. أو هي الكائنات التي تصلح لأن تكون محلا لحق يمكن تقويمه بالمال. فما لا ينفع الإنسان لتفاهته كالحبة من القمح والقطرة من الماء لا يعتبر شيئا كما أن الكائنات التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحياتها أشياء تخرج عن التعامل بطبيعتها، فالشمس والقمر والنجوم كائنات مشتركة لا يمكن إحراؤها فلا تعتبر أشياء في نظر القانون.

(١) إذ الأحكام عند وضعها إنما تبني دائما علي ما يكون معتادا للناس في حالاتهم العادية وعلي مايقع منهم من غير أن يكونوا واقعين تحت تأثير ضغط أو ضرورة ١ إذ الضرورات تبيح المحظورات فلا تبني عليها القواعد والأحكام.

(٢) أما أصوافها وجلدها وعظمها فهي من الأموال، إذ يمكن حيائتها والانتفاع بها بعد تطهيرها.

أقسام المال^(١) :

أولاً - من ناحية ضمانه ينقسم إلى متقوم وغير متقوم :

فالمتقوم : هو ما كان محرراً فعلاً ومحملاً لانتفاع معتاد شرعاً حال السعة والاختيار، وهذا النوع إذا تعدي عليه آخر وأتلفه ضمنه كما أنه يصلح أن يكون محلاً للمعاوضات المالية، فالدور والسيارات والكتب والطعام وأمثال ذلك يعتبر مالا متقوماً.

وغير المتقوم : هو المال الذي لم يكن مملوكاً لأحد كالسمك في الماء والطيور في الهواء، والغزال في الصحراء ، أو كان مملوكاً فعلاً لكنه لا يتنفع به عادة علي وجه يرتضيه ويجيزه حال السعة والاختيار كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم^(٢) فهما بالنسبة للمسلم من الأموال غير المتقومة، لأن الانتفاع بهما في وقت العادة لا يرتضيه الإسلام ولا يجيزه، بينما هما بالنسبة لغير المسلمين يعتبران من الأموال المتقومة ماداموا يعتقدون صحة التعامل والانتفاع بهما في العادة.

ولما أمرنا الشارع أن نترك أهل الذمة وما يدينون، فوجب علينا أن نعترف لهم بتقومها في ملكيتهم، بحيث لو تعدي عليها شخص بالإتلاف وجب ضمانها إذا

(١) وقد تناول القانون العام أقسام المال في المواد من (٨١ / ٨٨) وجعل منها أشياء غير مادية م ٨٦م وأشياء مادية، وهذه تنقسم إلى أشياء مثلية وأشياء قيمة م ٧٥، كما قسمها إلى أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك م ٨٤، كما تنقسم إلى عقار ومنقول م ٨٢.

(٢) لأن الدين الإسلامي قد حرمهما يقول الله تعالى في سورة المائدة : ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه﴾ ويقول : ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير﴾ الآية.

أُتلفها لذمي، سواء أكان المتلف - مسلماً أم غير مسلم عند الأحناف^(١) والمالكية، إذ القيمة في التقوم في هذه الحالة تعتبر بالنسبة للمالكه، ويرى أبو حنيفة تضمين المسلم إذا أُتلف لذمي خمرراً أو خنزيراً حتي لو قصد بإتلافه الأجر والشواب لأن الشارع أمرنا أن نتركهم وما يدينون .

وعند الشافعي وأحمد : لا يجب ضمان الخمر والخنزير سواء أكان متلفه مسلماً أم ذمياً، لمسلم أو لذمي^(٢)، وبهذا نتبين أن المال قد يكون متقوماً وغير متقوم في آن واحد تبعاً للمالكه وحكم الشرع .

وتعريف الفقهاء للمال هو الذي أوجد هذين القسمين، وأما عند رجال القانون فإن المادة ٨١ جاء فيها ما يفيد أن هناك بعض الأشياء لاتصلح أن تكون محلاً للحقوق المالية، لأنها تخرج عن التعامل بطبيعتها وهي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وهي الأموال العامة التي تخرج عن دائرة التعامل فلا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم المادة ٨٧، أو لأن القانون يمنع أن تكون محلاً للحقوق المالية، أي يحرم التعامل فيها لاعتبارات متصلة بالنظام العام

(١) ويقول أبو حنيفة : إن كان مسلماً فتضمن بالقيمة، وإن كان ذمياً يضمن بالمثل لأن عقد الدمة إذا عصم حيناً قومها، وقد كتب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب إلي أحد ولاته الذي استفتاه عن أهل الدمة الذين يبرون بالمعاشر ومعهم الخمر يقول : ولوهم بيعها وخذلوا منهم عشر قيمتها .

(٢) الشافعية لا يرون ذلك ولا يعتبرون لها قيمة لأن لهم مالاً وعليهم ما علينا، والأصل في هذا اختلافهم في اعتقاد الكافر حكماً من الأحكام على خلاف ما ثبت في الإسلام . فقال أبو حنيفة : إن دهائنه تصلح دافعة للتعرض حتي لو باشر ما دان به لا تتعرض له اتفاقاً فكذا عقيدته التي يدين بها تمنع بلوغ دليل الشرع إليه في الأحكام التي تحتل التغير مثل تحريم الخمر والخنزير وتحريم نكاح المحارم ونحوها فلا يثبت الخطاب في حقه لأنه لا يعتقد صدق المبلغ والشرع أمرنا ألا نتعرض له إذا قبل الدمة فبقي علي الجهل بشيوع الخطاب فيبقى الحكم في =

أو حسن الآداب كالخشيش والأفيون، وما عدا ذلك فإنه يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية (الفقرة الأولى).

وهم في هذا التقسيم وإن بعدوا عن الذي يقصده الفقهاء من المتقوم وغير المتقوم. إلا أن ما يمنح القانون من اعتباره محلاً للحقوق ويحرم التعامل فيه هو قريب مما قاله الفقهاء هنا بالنسبة للخمر والخنزير فهي غير متقومة في حقنا ومع هذا فهي متقومة بالنسبة لغير المسلمين، وكذا الأفيون مثلاً كمادة تدخل في بعض العقاقير فإنها يجري فيها التعامل وتقدر لها قيمة رغم عدم صلاحيتها لأن تكون محلاً للحقوق المالية في غير ذلك.

ثانياً - من ناحية الاستقرار وعدمه ينقسم المال إلى عقار ومنقول :

العقار : كما يراه غير المالكية مالا يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر، وهو الأرض مطلقاً.

أما المالكية فقد عرفوه بأنه ماله أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله من مكان إلى آخر مع بقاء هيئته وشكله.

= حقه علي ما كان عليه، فكان الخطاب بتحريم الخمر غير نازل في حقهم في أحكام الدنيا وما أشبه ذلك نحو هبة الخمر والوصية والتصدق بها وأخذ العشر من قيمتها، ومثل الخمر في حقهم الخنزير حتي كان في حقهم كالحل والشاة في حق المسلم. وهو قول أبي يوسف ومحمد. وعند الشافعي لا يجب بإتلاف خمر الذمي شيء سواء أثلغه مسلم أو ذمي لأنه جعل الديانة دافعة للتعرض دون الخطاب حقيقة أو تقديرًا لإشاعته في دار الإسلام وإنكاره جهل، والجهل ليس بعذر مطلقاً، إلا أننا أمرنا ألا نتعرض لهم بسبب عقد الذمة وهو عهد يجب الوفاء به فلا يجب علي الذمي حد الشرب، أما سائر الأحكام مثل إثبات التقويم وإيجاب الضمان علي المثلث وصحة البيع فديانة الكافر ليست بحجة علي غيره. راجع تفصيل هذا الموضوع في كشف الأسرار علي أصول فخر الإسلام للبرزدوي ج ٤ ص ١٥٤١ وما بعدها، وراجع المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٢٧٦ / ٢٧٨.

فالبناة والشجر والنخل عقار عند مالك، إذ البناة حينما ينقل من مكانه لا يبقى علي شكله وصورته بل يصير أنقاضاً، والشجر الذي له أصل ثابت مستقر، فعند تحويله وقطعه يكون أخشاباً لا شجراً، وألحق فقهاء المالكية كبار السفن بالعقار لأنها مستقرة ويمكن سكناها.

المنقول : هو ما أمكن نقله وتحويله من مكان لآخر فيشمل كل شيء غير الأرض، من بناء وشجر وورع وسفن وحيوان ومكيل ومورون، وكل ما يمكن نقله من مكانه علي أي وجه كان بحالته، التي هو عليها أم بغير حالته.

لكن يستتبع تعريف العقار عند المالكية أن يكون المنقول عندهم ما أمكن نقله من مكان لآخر مع بقاء هيئته وشكله، أي بحالته التي هو عليها، كالسيارة والدابة وكل مستقل بذاته غير متصل بالأرض اتصال استقرار ودوام^(١).

وأثر هذا الخلاف في فهم العقار والمنقول أو في مايدل عليه كل منهما يظهر في كثير من الأمور، فالشفعة تثبت في العقار عندهما، «الأحناف والمالكية»^(٢)، وكذا العقار متفق علي جوار وقفه في الفقه الإسلامي دون المنقول خلافاً للبعض من أجاز وقفه^(٣)، ويجوز أن يتصرف مشتري العقار فيه بالبيع قبل أن يتسلمه بخلاف المنقول فلا يجوز ذلك إذا كان تابعاً للعقار، ويجوز لو وصي القاصر أن يبيع بعض منقولات القاصر للمصلحة التي يراها، أما العقار فليس للوصي التصرف فيه

(١) وقد اتجه المشرع الوضعي في التفتين إلي ماذهب إليه الإمام مالك وتوسع في فهم العقار، راجع مادتي ٨٢ ، ٨٣ من القانون المدني ١٣١ الصادر في مصر سنة ١٩٤٨.

(٢) أما الدور فإن الشفعة تثبت فيها عند الأحناف إذا كانت تابعة للأرض ويعت معها فلا شفعة عندهم في البناء إذا بيع دون الأرض، بأن كانت الأرض حكراً وبيع ما عليها من بناء خلافاً لماك لأن البناء عنده عقار؛ راجع لنا تفصيل ذلك في الفقه الإسلامي.

(٣) الأحناف يمنعون وقف المنقول إلا إذا كان تابعاً للعقار، كمن يقف ضيعة بما عليها أو يكون جري عرف بوقفه كوقف الكتب، أو يكون نقل وقفه من فعل السلف الصالح كوقف السلاح والحيل- وإن كان القانون ٤٨ سنة ١٩٥٦ أجاز وقف المنقول إلا أن القانون ١٨٠ سنة ١٩٥٢، قصر الوقف علي جهات الخير. راجع للمؤلف الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية.



بالباع إلا لمسوغ شرعي، كبيعته لوفاء دين، وتباع منقولات المدين أولا وبقي العقار حتي تنتهي جميع المنقولات، فما هو العقار؟ وماهو المنقول؟ من هذا تظهر فائدة تقسيم المال إلي عقار ومنقول، كما يظهر أثر التفاوت بين الفقهاء في فهم العقار وفهم المنقول.

ثالثا - من ناحية تماثل أجزائه وعدمه ينقسم إلي مثلي وقيمي :

المثلي : مالا تتفاوت أحاده تفاوتاً يعتد به وتوجد له نظائر في الأسواق . والمثليات كل ما يقدر بالوزن كالذهب والفضة، وما يقدر بالكيل كالحبوب والزيت^(١) وما يقدر بالعد المتقارب الأحاد كالبيض والليمون مادامت كلها من نوع وحجم واحد . ومن المثليات أيضاً عروض التجارة المتحدة الجنس كالنسخة من كتاب طبع منه عدة نسخ علي ورق من نوع واحد، في طبعة واحدة، وكالاقمشة إذا أخذت متراً من قماش معين من تاجر وعنده الكثير، وكذا كالآنية ما دامت الأجزاء والأحاد متماثلة وكل مائمت صناعته بواسطة الآلة وكان من نوع واحد لعدم تفاوت أجزائه ووحداته.

القيمي : ما تفاوتت أحاده تفاوتاً يعتد به أو لم تتفاوت؛ ولكن انعدمت نظائره من الأسواق، وهو كما يكون في المنقول يكون في العقار . فالأرض والبناء من القيميات، والحيوانات المتغايرة في الجنس أو المتحدة، والعديدات المتفاوتة تفاوتاً لا يغتفر في الحجم أو النوع، ومنها عروض التجارة المختلفة الجنس كلها من

(١) وقد يتدخل العرف فيجعل الموزون مكيلاً كما يحدث بالنسبة للأسمدة والبلع في الريف والعكس كالحبوب والزيت، كما يصح أن يتدخل العرف أيضاً فيجعل المعدود موزوناً كالبرتقال والعكس كالحلوي في بعض أصنافها . إذ العبرة عند أبي يوسف بالعرف الطارئ الذي كان موجوداً ومستقراً عند التعامل إذا كان هناك نص شرعي ورد مقراً للعرف الذي كان متعارفاً وقت صدور النص، وفي هذا توسعة للناس في معاملاتهم، بخلاف ماذهب إليه الإمام ومأخذه محمد من عدم جواز ذلك، لأن ما جاء به النص يجب بقاءه علي ما هو عليه.

القيميات، وفوق كل هذا فجميع المثليات يمكن اعتبارها من القيميات إذا انعدمت من السوق وأصبح لا يوجد لها مثيل في المتاجر^(١).

والمثلي إذا ما عين بأوصافه ثبت ديناً في الذمة، فإذا تعدي عليه أحد ضمن المتعدي مثله لاقيمته حتي لا يضار صاحبه، بخلاف ما إذا عين بالإشارة إليه أو ما يقوم مقامها، فإنه يتعين بذاته في هذه الحالة.

أما القيمي فإنه لا يثبت غالباً ديناً في الذمة ويتعين بما يعينه من إشارة غدها^(٢).

المثلي يصلح أن يكون ثمناً لأنه متعين معروف ويصلح أن يكون ديناً في الذمة بخلاف القيمي.

المنافع^(٣) : هي كل ما يستفاد من الأشياء مما لا يمكن حيازته بنفسه مثل سكني الدار وركوب السيارة والقطار وقراءة الكتاب والجريدة ومشاهدة مسرحية إلي

(١) ومن الممكن أن يتدخل العامل الزمني فيجعل القيمي مثلياً فقد كان قدما تسج الأقمشة علي الأنوال اليدوية، وترتب علي ذلك اختلافها في الدقة والعناية متراً فمتراً، وكذا الكتب كانت قبل الطباعة تكتب بخط اليد والخطوط مختلفة بين رديئة وجيدة، وبين كاتب مدقق لا يخطئ وكاتب غير مدقق، بل تختلف وإن كان الكاتب شخصاً واحداً، لأن مقدرة علي الضبط والعناية تختلف باختلاف الوقت واختلاف مجهوده. أما الآن وبعد اختراع آلات النسيج والطباعة وغيرها من الآلات، فقد أمكن أن تخرج الآلة من نوع القماش المتحد الأجزاء والوحدات، وكذا من الكتاب الواحد غير المختلف في أي شيء آلاف القطع والنسخ، ولذا أصبحت في هذا العصر مثلية بعد أن كانت لا تكون إلا قيميّة، وقد لوحظ ذلك في المادة ٨٥ من القانون المدني المصري.

(٢) فإذا حدث التعاقد بالبيع بين شخصين أحدهما يملك أغناماً والآخر يملك حبواً فباع الأول للثاني شاة بأردب من القمح ثبت القمح ديناً في ذمة الآخر إذا لم يكن حاضراً.

(٣) راجع تفصيل الموضوع في كتابنا الفقه الإسلامي الفصل الثاني، من ص ١٧٤.



غير ذلك من المنافع المرضية التي تحار بنفسها^(١)، والأحناف لا يعتبرونها أموالاً، ولا يثبتون فيها الإرث، ولا يحكمون فيها بالضمان، ولعل الأحناف كانوا فيما اتجهوا إليه نظريين غير واقعيين، ولذا فإنهم قد استثنوا من قاعدتهم هذه ما أعد للاستغلال من الأعيان، لأن إعدادها لذلك قرينة قبول من استغلها لدفع الأجر المعين أو أجر المثل، وكذا أموال اليتيم والوقف والأموال العامة لأن المشرف عليها غير مالكمها. ولعل توسعهم في هذا الاستثناء يدل على شعورهم بأن مذهبوا إليه يضيّق على الناس في معاملاتهم، ولكن غيرهم يرون تحقق ماليتها ويثبتون فيها الإرث لأنه يتحقق فيها البدل والمنع، إذ من الممكن أن تعطي كتابك لآخر ليتنفع بقرائه. كما يمكنك أن تمنع ذلك عنه فوق أنها تحار تبعاً لحياة أصلها^(٢).

قابلية الأعيان ومنافعها للملك.

قابلية المال لتملك الأفراد تخضع لما نشأ بسبب حضارة الإنسان وترايطه، وتكوينه للجماعات والدول، من نظم وقوانين حدت من سلطان الفرد في التملك، وحدت من قابلية بعض الأشياء للتملك، ولذا قسم الفقهاء الأموال من ناحية قابليتها للتملك وعدمه إلى ثلاثة أقسام :

١- ما لا يجوز للأفراد والجماعات امتلاكه لأنه من مستلزمات الجماعة كالجسور والقلاع، والطرق وجميع المنشآت والمنافع العامة.

(١) أما إذا كانت المنافع مادية كلبن الدابة وولدها وثمره الشجرة، مما يسمى غلة، فهي أموال باتفاق الفقهاء.

(٢) والقانون المدني المنهج إلى ما اتجه إليه جمهور الفقهاء، راجع شرح القانون المدني ج ٣ ص ١٣ للمرحوم الدكتور كامل مرسى، ونظرية الحق للدكتور محمد سامي مذكور.

٢- ما لا يجوز للأفراد والجماعات تملكه إلا لمصلحة عامة تعود علي الدولة أو لمسوغ شرعي، كالأعيان المملوكة للدولة أو الموقوفة.

٣- ما يجوز فيه التملك والتملك من غير قيد أو شرط، إلا القواعد التي وضعها الفقه الإسلامي في هذا الشأن. وهذا هو الأصل، لأن المال بطبيعته قابل للتملك والتملك إلا إذا عرض له ما يخرج به عن طبيعة التعامل، ولأن التملك والتملك هما النتيجة الطبيعية لإحراز الأموال، بل الثمرة الأولى لإحراز الأموال وسبب تقومها.

أنواع الملكية :

أولا - متميز وغير متميز :

والملك ينقسم باعتبار صورته وتعلقه بالملوك إلي قسمين :

١- متميز وهو ما كان متعينا محددا غير مختلط بملك الغير.

٢- وغير متميز ويعرف بالملك الشائع أو المشاع أو علي الشيوخ، وهو ما اختلط بملك الغير وشاع فيه دون تعلق بجزء معين يميز كدار أو قطعة أرض أو سيارة ورثها جمع من الورثة عن مورثهم، فملكية كل منهم لنصيبه تتعلق بجزء مختلط بملك الغير، ولذا فإن الفقهاء يصفونها بقولهم «جزء منبث في الكل» وهذا يسمى شركة أملاك^(١) وهي قيد معرقل للتصرفات؛ ولذا شرعت القسمة لإزالة الشيوخ من الملك.

فإن كانت هذه العين التي تعلق بها ملك الورثة تحتل قسمة الإفراز بحيث لا يتغير وجه الانتفاع بها بعد القسمة عن جنسها قبلها فهو ما يطلق عليه أنه مشاع

(١) وهذا بخلاف شركة المقد التي يتعاقد فيها اثنان فأكثر علي استثمار المال أو العمل واقتسام الربح. وهذه شركة منفعة.



قابل للقسمة مثل الضيعة الواسعة والدار الكبيرة. وإلا فإذا كان وجه الانتفاع الذي كان مقصوداً منه لا يمكن تحقيقه لو قسم قسمة إفراز، فإنه يسمى مشاعاً لا يقبل القسمة كالدابة والسيارة، والبيت الصغير الذي لو قسم بين الشركاء لا يصلح النصيب للسكن.

وحكم المال الشائع أن لكل واحد من الشركاء حق الانتفاع به بما لا يضر بالآخرين، وإلا فإذا لم يمكن ذلك فإن كان قابلاً للقسمة قسم ولو جبراً بناء على طلب البعض، وإلا قسم الانتفاع به بينهم قسمة مهايأة رمانية بأن يتفّع كل واحد رمتاً بمقدار نصيبه، أو مهايأة مكانية بأن يستفّع كل منهم بمكان منه ويتداولونه بينهم، فإذا لم يمكن شيء من ذلك واختلفوا بيع بيعاً جبرياً^(١) وقسم ثمنه عليهم حسب أنصبتهم.

(١) وحالات إخراج المال جبراً عن صاحبه يمكننا حصرها في الآتي :

- ١- نزع الملكية للمنافع العامة : كتوسعة طريق، أو مجري نهر أو إنشاء جدول أو مصرف، أو إنشاء مستشفى أو توسعة شيء من ذلك : وقد حدث مثل ذلك في عهد الخلفاء علي ما بينا. فقد حدث في عهد عمر أنه انتزع ملكية بعض الدور المحيطة بالمسجد الحرام بمكة وأودع ثمنها لهم بخزانة الكعبة، بعد أن امتنع أصحابها عن بيعها. ثم تكرر هذا في عهد عثمان أيضاً.
- ٢- بيع مال المدين الماطل جبراً عنه وفاء لدينه، لأن في معاطلته بدائيه مایسء إليه ويضر بهم، ولذا قال الفقهاء غير الإمام من الاحناف : للقاضي أن يجبر المدين الماطل علي أن يبيع ملكه سداداً لدائنيه وإلا باعه عليه القاضي جبراً. ولكن الإمام يري أنه لا يحجر علي المدين بسبب عدم الوفاء بدينه، وإنما يحبس حتي يسدد ما عليه من الديون ولا يفرج عنه إلا إذا انتهى الدين، أو ظهر للقاضي أنه لم يبق له ما يباع.
- ٣- ما قاله مالك والشافعي وأحمد وأبو يوسف من الاحناف : أن من يملك حيواناً وجبت عليه نفقته دهانة وقضاء، بحيث إذا تركه جائعاً أو عطشاً أمكن مقاضاته بدعوي حبة ترفع ضده من أي شخص، فيأمره القاضي بالإنفاق عليها والإحسان إليها، فإذا لم يأمر القاضي ببيعها عليه جبراً.

والشيوخ كما يكون في الأعيان يكون في الديون ويسمي بالدين المشترك، كأن يبيع الشركاء داراً لهم لواحد بثمن مؤجل، أو يتلف شخص عينا مشتركة بين أفراد ولزمه الضمان فالقيمة تكون ديناً مشتركاً كذلك، والملكية المشتركة في الديون لا تقبل القسمة وهي متعلقة بالذمة، وأن ما يقبض منه تصح قسمته ولا ينفرد به أحدهم.

ثانياً - ملك تام وناقص :

الملك التام وسببه : ما كان للمالك حق التصرف المطلق في نفس الشيء المملوك وفي منفعته، بمعنى أن يكون مالكا العين المحارة عقاراً كان أو منقولاً

٤ - أخذ العقار بالشفعة لأن الشفع إنما يملك العقار المبيع علي المشتري ولو جبراً عنه بما قام عليه من الثمن والمصاريف.

٥ - القسمة «قسمة الإجماع»

٦ - الرصية الجبرية.

٧ - إجبار الولي من في ولايته علي الزواج، ففيه إخراج للمهر من مال الصغير رغم إرادته.

٨ - استيلاء الحاكم علي الفائض من أقوات الناس بالقيمة لإمداد جنوده به أو إمداد الجهة التي انقطع عنها القوت، وكذا الاستيلاء علي عمل الصانع إذا احتاج الناس إلي صناعة طائفة كالفلاحة والنساجة والبناء وغير ذلك، فلولي الأمر أن يلزمهم بذلك بأجرة المثل إذ لا تتم الفلاحة إلا بذلك.

٩ - ومن هذا القبيل تسعير السلع، وإجبار أصحابها علي بيعها بالسر الذي يحدده ولي الأمر ومن إجبار المحتكر علي بيع ما عنده بقسمة المثل ما روي عن الرسول أنه قال :

«لا محتكر إلا خاسط» فإن المحتكر الذي يعمد إلي شراء ما يحتاج إليه الناس من الطعام فيحبسه عنهم ويريد غلاءه عليهم لظالم لعموم الناس.

١٠ - ومن هذا أيضاً فرض الضرائب وجبايتها ، وجمع الزكاة من المحتتمين من السراة.

١١ - الحكم بالإنفاق علي من تجب علي الشخص نفقتهم، فهو إخراج المال جبراً عن صاحبه.

١٢ - أحكام الميراث نفسها، فإنها تحكم في أموال الناس وتوزيعها بما قد لا يرتضونه فهي إخراج للمال جبراً عنهم.

حيواناً كان أو جماداً من كل ما يملك ويحار، وأن يكون أيضاً مالكا لمنفعة هذا الشيء^(١) فإذا كنت تملك داراً ملكاً تاماً فمن حقك أن تهدمها أو تعدل في أوضاعها، ومن حقك أن تبيعها وأن تهبها، وأن تؤجرها وتستغلها، وأن تسكنها وأن توصي لأشخاص بحق سكنها مدة، وكذلك تملك التصرف في سيارتك وثوبك وقلمك وكتابك.

وأول سبب تثبت به الملكية التامة للشخص هو الاستيلاء على المال المباح لأنه سبب منشئ للملكية على شيء لم تثبت عليه ملكية من قبل لأحد وهذا يبنى على قاعدة «من سبقت يده إلى مال مباح فهو له» وقاعدة «الأمور بمقاصدها» لأنه يشترط عند الاستيلاء قصد التملك لتثبت الملكية وتستقر، وماعدا هذا فهي أسباب ناقلة للملكية : وهذه إما أن تكون نتيجة عقد من عقود التمليك تبرعاً كان أو معاوضة^(٢)، كعقد الشراء والوصية والهبة، ويدخل ضمن هذه العقود الجبرية والتمليك الجبري ما أشرنا إليه بالهامش قبل، ومن التمليك الجبري الحكم بالشفعة لأن الملكية تثبت للشفيع من غير رضا المشتري بل جبراً عنه، وهذه يمكن القول بأنها مع عدم رضا الخصم وتسليمه في المشفوع فيه تتضمن عقداً جبرياً، يمثل أحد طرفيه الشفيع وينوب القاضي فيه مناب الآخر، والمعاوضة موجودة لأن الشفيع سيتملك بالثمن.

وأخيراً فإن الملكية التامة تثبت أيضاً بسبب الخلفية وهي أن يحل في الحقوق شخص أو شيء جديد محل شخص أو شيء رائل وهي نوعان :

(١) هذا القسم أيضاً يوجد عند فقهاء الملكية الذين قالوا إن الأعيان لا تملك وأن الذي يملك هو المنافع فقط إذ يقولون : إذا كان سبب الملك يقتضي سلطاناً كاملاً على جميع المنافع من غير توقيت كانت الملكية تامة، مثل الملكية التي ينتجها عقد البيع والهبة أو التي تنتج عن الميراث أو عن حيازة المال المباح، وإن كان سبب الملك يقتضي سلطة قاصرة أو مؤقتة كانت الملكية ناقصة، وذلك كالملكية التي تثبت للشخص عن طريق العارية والإجارة والوصية بالمنفعة.

(٢) عقود الإجارة والزواج والطلاق على مال والخلع أرى أنها تعتبر ملكية تامة أيضاً بالنسبة لأحد طرفي العقد لأن الأجرة والمهر والمال الذي يدفع في مقابلة الطلاق أو الخلع كلها يملكها المزوج أو الزوجة أو المطلقة ملكية تامة..

الإرث : إذ الوارث خائفة المورث في حدود تركته بعد تجهيزه وسداد ديونه وتنفيذ وصاياه^(١).

الثاني : التضمين أو التعويض فإنه إذا أتلف أحد شيئاً للغير أو غصبه أو الحق به ضرراً بجناية أو تسبب في ذلك فإنه يضمن ويلزمه تعويض الضرر بالأرض أو الدية ويتملك المحكوم له هذا العوض بسبب الخلفية عن ماتلف له بفعل الغير.

ومن أسباب الملكية أيضاً في الفقه الإسلامي التولد من المملوك لأن ما يتولد أو ينشأ من المملوك يكون مملوكاً حتي لو كان الأصل مغصوباً فتتجاه علي ملك المغصوب منه، ولا أثر لبحث الفقهاء في تطبيق حكم الغصب بالنسبة للفرع عند هلاكه في أن التولد تثبت به الملكية.

وإذا نظرنا إلي أسباب الملكية في الفقه الإسلامي لوجدناها من ناحية أخرى : إما أن تكون أسباباً فعلية تتم بالأفعال فلا تحتاج إلي عبارة حتي يشترط فيها الأهلية وإنما تصح من العاقل البالغ، كما تصح من المجنون والصبي. وهذا هو السبب الأول «الاستيلاء علي المال المباح»^(٢)

(١) راجع لنا الرصايا في الفقه الإسلامي القسم الأول وصية الله «الميراث»
(٢) والاستيلاء تثبت به الملكية، سواء أكان استيلاء حقيقياً أم حكماً، غير أن الملكية لا تستقر وتبقى إلا إذا كان الاستيلاء حقيقياً، وإنما يكون كذلك بأخذ الشيء المباح باليد أو بواسطة آلة أعدت لذلك علي أن يكون المستولي قريباً منه بحيث لو مد يده إليه لأمسكه لأنه ليس بممتنع عليه، وبهذا تثبت الحياة وتنشأ الملكية وتستقر باتفاق الفقهاء من غير حاجة إلى نية أو قصد.

والاستيلاء الحكمي ما كان بواسطة الآلة وحدها بحيث يخرج الشيء المباح عن طبيعته وحالته الأولي، والاستيلاء الحكمي وإن كان يثبت الملكية إلا أنها تثبت علي خطر الزوال، بحيث لا تستقر إلا إذا انقلب الاستيلاء إلي استيلاء حقيقى فيصبح في حيارته وغير ممتنع عليه.

وحياة الشيء المباح سبب فعلي منشئ للملكية فيه فلا تستوقف علي أهلية الحائز، بل تكون من العاقل والمجنون والصبي، وتكون سند الملكية له بخلاف الأسباب الأخرى فإنها ناقله للملكية من حيز إلي حيز لا منشئة. كما أن هذا السبب لا يرد إلا علي الأموال المباحة، فلا تتم الملكية بالاستيلاء علي ما كان مملوكاً للغير ولو مجهولاً، مهما مضت المدة أو طال الأمد، فالمال-

وإما أن تكون قولية تتحقق بالأقوال وما في معناها وهي العقود الناقلة للملكية والشفعة، أو تتم دون شيء من هذا، وإنما جبراً ولا دخل للقول أو الفعل فيه وهو الخلفية، وبذا تكون أسباب الملكية في الفقه الإسلامي منها ما هي أسباب اختيارية، ومنها أسباب جبرية لا دخل للإنسان فيها.

«المملوك لشخص تبقي ملكيته ثابتة مستقرة لا تزول إلا بسبب من الأسباب السابقة. فلو وجدت شيئاً مملوكاً وتجهل شخص مالكه فهو أمانة في يدك عند الأحناف، أما غير الأحناف فإن اللقطة عندهم تنتقل ملكيتها إلى الملتقط علي تفصيل وشروط موضعها كتاب اللقطة في كتب الفقه. كما أنها تثبت بها الملكية التامة للشيء رقية ومنفعة، فيخرج الشيء المحار عن إباحته العامة التي كان عليها من قبل، ويضمن بالاعتداء عليه لأنه قد أصبح مالا مملوكاً محترماً، يقول عليه السلام «من سبقت يده إلي مال مباح فهو له».

والمال المباح : كل ما خلقه الله ليتنفع به الناس علي وجه معتاد، وليس في حيازة أحد مع إمكان حيازته. فالسمكة في البحر مال مباح وبصيدها خرجت عن إباحتها ودخلت في ملكية صائدها. وكذلك الغزال في الصحراء والطير في الهواء مادام لم يدخل في ملك أحد. والمال المباح يكون حيواناً برياً وبحرياً، ويكون نباتاً حشائش وأعشاباً وحطباً ويكون جسامداً أرضاً مواتاً وهي التي لا مالك لها ولا يتنفع بها أحد وبعبارة عن العمران، وركازا وهي المعادن التي توجد في باطن الأرض وتكون جزءاً منها، وناراً وماء.

ولكل نوع من المال المباح طريق للاستيلاء عليه، وحيازته، فالماء يكون بوضعه في الأواني والأنابيب والصهاريج مع قصد التملك، والحشائش بحشها والحيوان بحرياً وبرياً باصطياده باليد أو بآلة. والأرض الموات بإحيائها وإعدادها للإنبات، والركاز باكتشافه والعثور عليه، والنار المشتعلة في الأعشاب والأشياء المباحة، فهي مباحة جسمها ولهبها وإن كان الوقود مملوكاً لشخص فهي علي الإباحة الخاصة لأي فرد أن يأخذ من لهبها أو يستفيد من دفئها وضوئها ما دامت في مكان عام. وإلا فهي محررة لأبد من الاستئذان. راجع لنا في موضوع الإباحة والأموال المباحة نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء بحث مقارن يدرس بدبلوم الشريعة بكلية حقوق القاهرة.

هذا والأسباب التي ذكرها القانون المدني المصري^(١)، وهي «الاستيلاء علي مال ليس له مالك، والميراث بعد تصفية التركة، والوصية، والاتصاق، والعقد والشفعة، والحيازة» وهي في مجملتها لا تخرج عن الأسباب التي اعتبرها الفقه الإسلامي فيما عدا الآتي :

(أ) الاتصاق^(٢) كالأرض التي تتكون من طمي النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة فإنها تكون للملاك المجاورين (م/٩١٨) أو أن يقيم شخص بمواد من عنده منشآت علي أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض : كان لصاحب الأرض أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوي ما اراد في ثمن الأرض.

وهذا السبب وإن كان الفقهاء لم يتكلموا عنه كسبب من أسباب الملكية إلا أنهم تناولوه عند كلامهم عن الشفعة وعن خيار العيب في حكم مالهو أحدث الشفيع أو المشتري في العين زيادة متصلة لا يمكن فصلها، أو منفصلة وفصلها يضر بالعين نفسها ثم استحقت العين للغير لأنها ليست ملكاً لمن باع لهم^(٣).

(ب) الحيازة : وهي وضع اليد علي مال مملوك للغير وتقادم العهد عليه وهذا كما يري الفقهاء لا يثبت ملكاً للحائز ولا يزيل ملكاً قديماً ثابتاً عليه^(٤)، علي تفصيل بينهم عند الكلام عن اللقطة، غاية الأمر أن الفقهاء قالوا إن وضع اليد

(١) قد عقد في القانون فصل خاص لأسباب كسب الملكية من المادة (٨٧٠ / ٩٨٤)

(٢) وقد بيته المواد ٩١٨ / ٩٣١

(٣) راجع لنا في هذا الفقه الإسلامي في موضوعي : الشفعة وخيار العيب.

(٤) وفي المغني ج ٧ ص ٦٥٢ «إن صاد غزالا فوجده مخفياً أو في عنقه حرر مما يدل علي ثبوت اليد عليه فهو لقطة لأنه دليل علي أنه كان مملوكاً» والمسألة محل تفصيل بين الفقهاء وقد بيناه في كتابتنا الفقه الإسلامي عند الكلام عن الصيد والأرض الموات.

المدة الطويلة^(١) علي مال مملوك للغير مع إنكار واضع اليد ملكية الغير له، وعدم وجود عذر يمنعه عن رفع الدعوي، وليس معني هذا الاعتراف بملكية واضع اليد، أو رفع ملكية قديمة عنه.

ولكن المواد من ٩٤٩ / ٩٨٤ من القانون المدني اعتبرت حيارة المنقول والعقار أو حيارة حق عيني علي منقول أو عقار تكسب الحائز ملكية الشيء أو الحق إذا استمرت حيارته ١٥ سنة إلا إذا كان يستند في الوقت ذاته إلي سبب صحيح واقرنت الحيارة بحسن النية فإن مدة التقادم المكتسبة للملكية خمس سنوات، كما أن الأموال الموقوفة لا تكتسب ملكيتها إلا إذا دامت الحيارة ٣٣ سنة.

الملك الناقص وسببه وأنواعه : الملك الناقص هو ما لم يجتمع فيه ملك العين وجميع منفعتها في يد واحد، وإنما كان مالك الرقبة غير مالك المنفعة جميعها أو بعضها، سواء أكانت المنفعة شخصية أم عينية، وسبب الملك الناقص هو تعلق حقين لشخصين مختلفين في شيء واحد، أحدهما في رقبة والآخر في منفعة المتعلقة بالأشخاص أو بالأعيان، فإذا كانت دار تملكها شخص بالإرث، وكان مورثه قد أوصي قبل وفاته بسكني هذه الدار لشخص آخر عينه لمدة خمس سنوات مثلاً، فإن الوارث حينما يملك فلنما يملك الرقبة فقط لأن منفعتها في المدة المذكورة يملكها الموصي له مادام قبل الوصية بعد وفاة الموصي، أو أن يكون للإنسان قطعة أرض زراعية وكان سقيها وإرواؤها بمرور المياه من أرض غيره، فتكون هذه الأرض التي عليها حق إمرار الماء للأرض الأخرى، ملكية صاحبها لها ناقصة لأن عليها حق ارتفاع، والأرض الأخرى لها علي هذه الأرض حق انتفاع.

(١) وتحديد هذه المدة أمر اجتهادي وقد جملة الفقهاء ثلاثين أو ثلاثاً وثلاثين أو ستاً وثلاثين سنة والقانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ الخاص بالمحاكم الشرعية الملغاة نصت مادته (٢٧٥) علي أنها ثلاثة وثلاثون سنة بالنسبة للوقف والإرث، وخمس عشرة سنة بالنسبة لغيرهما.

هذا والملك الناقص نوعان :

(١) ملك الرقبة فقط، وهذه لا تقبل التوقيت ولا الإسقاط وإنما تكون دائمة ولا تقبل إلا النقل، ومالكها لا يملك التصرف في المنفعة ولا في نفس الرقبة تصرفاً يضر بالمتنفع أو ينقص من حقه، وهذا النوع من الملك ينتهي دائماً إلى ملكية تامة بعد انتهاء مدة المتنفع، أو بعد وفاته عند من يرى أن المنافع لا تورث إذ أن ملك العين يستلزم مبدئياً ملك المنفعة دون العكس إذ ملكية الأشياء لم تقصد لذاتها وإنما لمنافعها.

ففي مثالنا السابق لا يكون للوارث حق هدم الدار أو شيء منها إلا بإذن ورضاء من له حق المنفعة، وإذا كانت حديقة : لشخص الرقبة ولآخر المنفعة فإن صاحب الحديقة المالك لرقبتها لا يستطيع أن يقطع شجرة من أشجارها إلا بإذن مالك المنفعة مادام التصرف ينقص من ملكية المتنفع وحقه.

فأسباب امتلاك الرقبة فقط دون أي منفعة لا يكون في الفقه الإسلامي إلا في صورتين :

إذا أوصي الآخر بمنفعة العين مدة حياته أو مدة حددها فإن ملكية الورثة ستكون فيها علي الرقبة، فإذا أوصي بداره لمحمد ومنفعة هذه الدار لعلي خمس سنوات فإن ملكية محمد الموصي له بالدار تكون في هذه المدة قاصرة علي الرقبة فقط، أما إذا أوصي بمنافع دار لجهة مؤبداً فهي وقف لأوصية وتكون العين بهذا خرجت من ملك الموصي إلى ملك الله أو الجهة الموصي لها^(١).

(ب) ملك المنفعة : وهي إما أن تتعلق بالشخص وتسمى حق الانتفاع الشخصي، وحيثئذ تكون مؤقتة بمدة محدودة أو بحياة الشخص حيث لا تورث عنه عند الأحاف خلافاً لغيرهم. وإما أن تتعلق بالعقار نفسه وهنا تسمى بالمنفعة العينية أو بحق الارتفاق. وهذه لا تكون إلا دائمة.

(١) راجع لنا الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية.

حق الانتفاع ^(١) :

هو حق يستفيد به مالك المنفعة من مباشرة الانتفاع بملك الغير وهذا النوع يكون في العقار والمنقول علي حد سواء، وهو يشمل ماكان الانتفاع فيه قاصراً علي شخص المتفع بذاته من غير أن يكون له الحق في تملك المنفعة للغير بأجر أو بغير أجر، كما يشمل ما إذا كان للمالك المنفعة حق الانتفاع بنفسه وحق تملكها للغير. وفي الواقع أن ذلك يختلف باختلاف سبب ملكية هذه المنفعة وما يتضمنه هذا السبب من قيود اشترطت صراحة، وقيود يقتضيها العرف، والمنفعة الشخصية تكون بسبب الإجارة أو الإعارة أو الوصية بالمنفعة أو الوقف ^(٢).

(١) وهذا يقابله في القانون حق الانتفاع الذي هو حق مباشر مقرر للمتفع في استعمال ملك غيره واستغلاله م ٩٨٧، ٩٨٨ من القانون المدني وحق الانتفاع هذا يعتبر في نظر القانون أيضاً حقاً شخصياً لأنه حق لا يجاوز حياة صاحبه فلا ينتقل إلي ورثته، وإن كان يعتبر حقاً عينياً من وجهة أنه حق مقرر لصاحبه مباشرة علي الشيء محل الحق فيستعمل ذلك الشيء ويستغله دون تدخل مالك الرقبة - وهذا الحق الشخصي الذي هو قسم من الحقوق المالية وهو عبارة عن سلطة مقررّة لشخص قبل شخص آخر بمقتضاها يكون للأول أن يطالب الثاني بالقيام بعمل معين. ويقابل الحق الشخصي هذا الواجب الشخصي المقرر علي المدين بالقيام بالعمل محل الحق الشخصي، كما يطلق علي هذا الحق «حقاً الدائنية أو حق المدائنة» راجع في هذا للدكتور محمد سامي مذكور نظرية الحق.

وقد سبق أن أشرنا إلي أن الفقه الإسلامي لم يتكلم عن الحق الشخصي لأنه اهتم بالترقية بين الدين والعين فلم تظهر مع ذلك عندهم التفرقة بين الحق الشخصي والعيني.

(٢) الإجارة : هي تملك المنفعة في الحال بعوض - والإعارة : هي تملك المنفعة في الحال بلا عوض.

والوصية بالمنفعة : هي تملك المنفعة تملكاً مضافاً إلا ما بعد الموت بطريق التبرع.

والوقف : حبس العين عن تملكها والتصدق بمنفعتها.

كما يصح أن يكون سبب ملكية المنفعة عقد نكاح، المهر فيه منفعة، ويصح أن يكون سببه الطلاق نظير عوض عندما يكون العوض منفعة.

فإن كانت ملكية المنفعة ناتجة بسبب عقد إجارة كان للمالكها حق الانتفاع بالعين المؤجرة بنفسه، وله أن يوجرها للغير أو يعيرها له مادام اختلاف الأشخاص المتفعين لا يؤثر في العين، أما إذا كانت العين المؤجرة تتأثر بتغير الأشخاص وقد نص في العقد على أن ينتفع بها فليس له أن ينيب عنه غيره وإلا كان معتدياً.

٢- وإن كان سببها الإجارة: فإذا اشترط قصر الانتفاع على المستعير حق له الانتفاع بنفسه فقط، وإلا جاز له أن يعيرها للغير إذا كانت العين لا تتأثر بتغير الأفراد. أما إذا كانت تتأثر كالدابة والمعطف، فليس له ذلك لأنها وأمثالها تتأثر بثقل الحمولة ويدانة الشخص ونحافته: وعلى كل فليس له أن يوجرها للغير، لأن طريق ملكيته عقد الإجارة وهو عقد غير لازم فكيف يرتبط مع الغير بعقد إجارة وهو لازم؟.

وقال مالك إن للمستعير هذا الحق في تأجيرها وإعارتها مادام في مدتها، ولم يترتب على تصرفه ضرر بالعين لأن العارية عنده عقد لازم أيضاً.

٣- وإن كان سببها الوقف أو الوصية بالمنفعة: فإذا شرط له الواقف أو الموصي حق الانتفاع والاستغلال حق له وإلا فإن نص على عدم جواز الاستغلال أو لم ينص وكان العرف يمنعه فليس له إلا الانتفاع: كمن وقف داراً لسكنى طلاب العلم ولم ينص بشيء عن استغلالهم لها فليس لأحدهم إلا حق السكنى^(١).

هذا والاحناف لا يفرقون بين من له حق الانتفاع فقط، ومن له حق الانتفاع والاستغلال، كلاهما عندهم يعتبر مالكا للمنفعة أو صاحب حق انتفاع شخصي، لأن السبب موضوع للتملك بدليل أنه يفيد الملك في بعض الأحيان.

(١) أما إذا لم يوجد نص يمنع من الاستغلال صراحة ولا دلالة عن طريق العرف، فيرى الاحناف والمالكية أنه ليس له سوى الانتفاع بنفسه دون الاستغلال، أما الشافعي وأحمد. فعندهم أن من حقه الاستغلال ما دام لم ينص على منعه، لأن الوقف والوصية يفيدان تملك المنفعة، والتمليك يشمل الانتفاع والاستغلال، ومحل دراسة ذلك في الوقف والوصية.

أما المالكية : فيسمون من له حق الانتفاع والاستغلال مالكا للمنفعة، لأن الانتفاع هنا من قبيل الملك، أما من له حق الانتفاع بنفسه فقط فيسمونه صاحب حق انتفاع شخصي، لأن الانتفاع هنا من قبيل الإباحة^(١) لا الملك، والمباح له ليس له سوى أن يتنفع بنفسه حسب الإذن، فمن دعاك لتركب معه سيارة فقد أباح لك هذا الحق، ولم يملكه لك، فليس لك أن تنيب عنك غيرك، ومن دعاك لطعام عنده، فليس من حقه أن تأخذ الطعام خارج الوليمة أو أن تنيب عنك غيرك. فالإباحة مجرد رخصة لانفيد تملكها على ما بينها.

وتظهر التفرقة بين حق الانتفاع وملك المنفعة أيضاً من ناحية المنشأ إذ حق الانتفاع كما يوجد بالأسباب التي يوجد بها ملك المنفعة فإنه يوجد أيضاً بكون الأشياء المتنفع بها مخصصة لانتفاع الناس كافة أو لفريق منهم دون تملكها لهم وكذا بالإباحة الخاصة.

وبالجملة فنستطيع أن نقول إن ملك المنفعة ينشأ عن عقد مملك كالإجارة والوقف والوصية بالمنافع والإعارة، أما حق الانتفاع فإنه ينشأ من هذه الأمور كما ينشأ من الإباحة العامة أو الخاصة، ويمكن التفرقة بينهما من جهة أن من ملك المنفعة حق له تملكها للغير أما من أبيع له حق الانتفاع دون تملك فلا يملك تملكها للغير.

(١) الإباحة : أن يأذن شخص لآخر بأن يستمتع بماله أو يملكه لا على وجه التعاقد فيثبت له الحق في المباح ما دام الإذن قائماً وقد يكون هذا الإذن من مالك المنفعة أو من من مالك العين أو من الشارع، والإذن يعتبر قائماً حتى يعلم المباح له بانتهائه كما يرى الأحناف، وهو إحدى روايتين عن الشافعي، والمباح له ليس له سوى الانتفاع بنفسه فقط، وهذا ما يسميه المالكية بحق الانتفاع الشخصي. وعلى كل فإذا كانت الإباحة تتعلق بمنفعة فإن المباح له قد تملكها بالانتفاع بها لأنها تكون قد استهلكته، وإذا كانت الإباحة تتعلق بعين من الأعيان كمن يشر نقوداً في الأفراح وكدعوة الصديق إلى الطعام فالأحناف يرون أنه على ملك صاحبه حتى يدخل في يد المباح له فيمتلك بالاحرار، وذهب آخرون إلى أن المباح له لا يملك المال بتناوله وإنما يبقى على ملك صاحبه حتى يستهلكه المباح له وهو على ملك صاحبه بإذن منه.

ويلاحظ أن لكلمة مباح إطلاقين الأولى ما لم يدخل في ملك أحد ويمكن تملكه شرعاً وهو أكثر الأموال غير المتقومة، ويطلق على الأشياء المملوكة فعلاً ملكاً خاصاً ورخص صاحبها لآخر استعمالها أو استهلاكها. راجع لنا بحث الإباحة عند الأصوليين والفقهاء بحث مقارن.

الرقبة في يد المنتفع،

على صاحب الرقبة أن يمكن المتفع من استيفاء حقه كاملاً حسب المعتاد وإلا فإذا كان هناك في سبب التملك أو الإباحة شرط يبين طريق الاستعمال والانتفاع، وجب أن يتبع، لأن ملكية المنفعة تقبل التقييد عند إنشائها بالزمان والمكان والصفة، والعين تكون أمانة في يد المتفع يحافظ عليها فإذا هلك أو حدث بها عيب ينقص من قيمتها بغير اعتداء منه فلا ضمان عليه لأن يده يد أمين، والأمين لا يضمن، سواء تعينت العين أو هلكت قبل انتهاء مدة انتفاعه بها أو بعد انتهاء مدة الانتفاع وقبل التمكن من ردها .

أما إذا حدث الهلاك أو التعيب بعد انتهاء مدة انتفاعه، وتمكنه من الرد وقد احتبسها في يده بغير حق، أو حدث الهلاك والتعيب باعتداء منه أو إهمال أو أنه تجاوز حد الانتفاع المشروط أو المعروف كان ضامناً لها^(١).

فإذا هلك العين أو تعلق الانتفاع بها، بأن كانت دابة فماتت، أو أرضاً فسبخت، أو داراً فهدمت، وكان ذلك قبل انتهاء مدة الانتفاع، فإن كان ذلك بلا تعد أو تقصير فإن حقه في الانتفاع ينتهي، إذ لا يتصور بقاء الملك في المنفعة بعد هلاك محلها، وسواء في ذلك ما إذا كان سبب ملك المنفعة وصية أو وقفاً أو إعارة أو إجارة ما دامت المنفعة لم تكن ديناً في اللزمة، إلا أنه يسترد باقي الأجرة إن كان السبب عقد إجارة، أما إذا كانت المنفعة قد ثبتت للمتفع بعقد إجارة، وكانت ديناً في اللزمة، أي أن العين الواقع عليها العقد غير معينة، فإن المنفعة تبقى واجبة للمستأجر رغم هلاك العين ويلتزم المؤجر بتمكينه من ذلك^(٢).

(١) ولا يعتبر محتبساً لها بغير حق إذا كانت أرضاً زراعية ولم يسلم الأرض لصاحبها بعد انتهاء مدة الإجارة أو الإعارة أو الوصية بسبب انتظاره نضوج الثمر أو الحصاد، لأنه يلتزم أجر المثل عن هذه الفترة الزائدة من مدته؛ فإذا هلكت العين أو تعينت في هذه الحالة لا شيء سبب فلا ضمان عليه، إذ لا يجتمع أجر وضمان ولم يكن معتدلاً في احتباسها.

(٢) راجع ابن عابدين ج ٥ ص ٥٨ والبدائع ج ٤ ص ٢٢٣. وذلك مثل الذي يحدث أماناً في الحياة العملية حين تتركب سيارة هامة من سيارات المؤسسة العامة للنقل فلأنك بدفعك الأجر =

أما إن كان التلف نتيجة تعد أو تقصير، فإن كان سبب ملك المنفعة وفقاً أو وصية لزم شراء عين أخرى بالضمان المستحق واستيفاء المنفعة، أما إذا كان السبب إعارة أو إجارة عين بذاتها فإن حق الانتفاع ينتهي بهلاكها.

الحكم لو مات مالك المنفعة أو مالك الرقبة: لو مات مالك المنفعة قبل انتهاء المدة انتهى الحق عند الأحناف ولا يورث عنه، غير أنه إذا كان بالعين ثمر لم ينضج أو حق تعلق بالورثة، كان لهم استحساناً لا قياساً احتباس العين بنفس الأجر إن كان سبب الانتفاع عقد إجارة، أو بأجر المثل إن كان غير ذلك، لكن جمهور الفقهاء قالوا إن كان السبب وصية، فإن لورثته أن يتفعوا بالمدة الباقية لمورثهم. إلا إذا نص في عقد الوصية على خلاف ذلك، وإن كان سببها الوقف فإن الحق يتنقل حسب رغبة الواقف في إشهاد وقفه، وإن كان سببها الإجارة فالمنفعة تنتقل إلى الورثة لأنها تعتبر مالا وتورث.

أما إذا كان سببها الإعارة، فالشافعي وأحمد مع الأحناف في أنها لا تنتقل إلى الورثة لأن العارية تقيد بإباحة الانتفاع فقط دون تملكه عندهم. وأما عند مالك فالمنفعة تنتقل إلى الورثة ما دام عقد العارية مقيداً بمدة وذلك لأن العارية عنده عقد لأرم فوق كون المنافع أموالاً.

أما إذا مات مالك الرقبة، فإذا كان سبب المنفعة إجارة أو إعارة، انفسخ العقد عند الأحناف، وتابعهم بعض الفقهاء. لأن الأحناف كما قلنا لا يعتبرون المنافع أموالاً لها قيمة ذاتية وإنما قوّمها - في عقد الإيجار - العقد نفسه. والعقد إرادة شخصية للعاقدة تنتهي بانتهاء حياته، ولذا فإن حق الانتفاع ينتهي وتعود المنفعة إلى ورثة المالك مع رقبة الملك فيتملكونه ملكية تامة. إلا إذا كان

= واستلام التذكرة تكون قد تعاقدت مع مندوب المؤسسة على أن يوصلك إلى جهة كذا، «المنفعة» وقد تملكك أنت هذا الحق كما تملكك المؤسسة الأجر، فإن تعطلت السيارة في الطريق وتلفت، فإن حقك في الانتفاع قائم وتلزم المؤسسة بإحضار سيارة أخرى لتوصيلك إلى الجهة المتعاقدة عليها، إذ العقد هنا لم يكن على سيارة معينة وإنما كان لتوصيلك إلى جهة معينة.

بالعين ثمر لم يتضج أو منفعة لم تتم فتبقى العين فى يد المتفع على الوجه السابق ذكره، وإن كان سببها الوقف، فيبقى حق الموقوف عليه قائماً لأنه ينتقل حسب شرط الواقف، ولا يمكن أن يكون هنا سببها الوصية لأنها لا تبدأ إلا بعد موت الموصى.

خواص ملك المنفعة الشخصية:

- ١- ملك المنفعة الشخصى يتقيد بالزمان والمكان والوصف حسب الشروط أو المتعارف عليه أيًا كان السبب.
- ٢- لا تورث عند الأحناف. لأنها منافع بخلاف حق الانتفاع العينى فإنه يورث حتى عند الأحناف.
- ٣- تثبت ديناً فى اللمة إن كان سببها الإجارة على استيفاء منفعة من شىء غير معين.
- ٤- يثبت على العقار والمنقول. فكما تملك حق الانتفاع بزراعة الأرض تملك حق الانتفاع بركوب السيارة وقراءة الكتاب.
- ٥- هذا الحق يمكن لصاحب الرقة إبطاله حتى قبل مضى المدة، إذا كان سببه الإعارة خلافاً للإمام مالك.
- ٦- هو حق مؤقت ينتهى بموت أحد المتعاقدين أو هلاك العين نفسها على التفصيل السابق ذكره.

حق وقف الأموال:

الوقف فى اللغة الحبس والمنع، وهو فى الاصطلاح الفقهى حبس عين المال عن التملك والتصدق بمنفعته. فالوقف ينشأ حقاً عينياً فى احتباسه لمصلحة الجهة الموقوف عليها، ويثبت فيه حق التبعية يمارسه متولى الوقف (الناظر) باسم الجهة الموقوف عليها والمستحقة للريع، ومن حقه أن يتبع^(١) أعيان الوقف حيثما وجدت ويدعى باسترداد المال الموقوف من يد غاصبه لجهة الوقف.

(١) حق التبعية هو الحق فى اقتضاء عين معينة بذاتها حيثما وجدت للاستيلاء عليها أو استيفاء المنفعة منها، ويقتضى حق التبعية أن توجه الدعوى إلى من فى يده العين فلو غصب إنسان شيئاً ثم باعه أو غصب منه فإن صاحبه يطالب من فى يده العين بردها إليه، ولا يطالب الغاصب الأول. وقد وضع الفقهاء قاعدة تفيد ذلك هى « أن دعوى العين لا تقام إلا على ذى يد ».

حق الحكر : الحكر نوع من أنواع استغلال الأراضى الموقوفة ويكون بتأجيرها لغرض معين كالبناء والغراس فيها دون تقييد بمدة معينة فى مقابل التزامه بدفع أجرة المثل وهى تزيد أو تنقص حسب تغير الأسعار والأحوال .

فحق الحكر هو حق تملك البقاء والقرار فى الأرض المحتكرة له مادام ملتزما بدفع أجرة المثل، وهو عقد غير صحيح فى نظر الفقه الإسلامى لأنه عبارة عن إجارة لمدة مجهولة وإنما أجازوه استثناء للضرورة^(١). وهو إما أن يكون بعقد صريح يجبره ناظر الوقف فى الأراضى الموقوفة بإذن من المحكمة كأن تتخرب الأعيان ولا تملك جهة الوقف ما تعمره به، ولم يمكن استبداله، ولا تأجيره لمدة طويلة وتعميل أجره، كما يكون لمصلحته بإذن ضمنى كأن يؤجر ناظر الوقف قطعة أرض من الوقف ويأذن للمستأجر بالبناء والغراس، وعند انقضاء المدة يرغب المستأجر بقاء الأرض تحت يده بأجر المثل .

وقد كان التحكير يقع على الأراضى غير الموقوفة أيضاً فجاء القانون المدنى الجديد ونصت المادة (١٠١٢) على أنه « لا يجوز ترتيب حق الحكر إلا على الأراضى الموقوفة » كما أن المادة (١٠٠٠) حددت منه وقصرته على حالات الضرورة أو المصلحة وإذن من المحكمة، وعقده يتم على يد رئيسها وفضلا عن ذلك فقد تضمنت المادة (٩٩٩) أن مدة الحكر إذا لم ينص عليها تكون ستين سنة وإذا نص على أكثر من ذلك نقصت إلى ستين، كما نصت المادة (١٠٠٨) على انتهاء هذا الحق بمجرد روال صفة الوقف عن الأرض المحكرة، ثم جاء القانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ الخاص بإلغاء الأوقاف الأهلية وصيرورتها حرة فنصت المادة السابعة على أنه يعتبر متهيأ بسبب روال صفة الوقف كل حكر كان مرتباً على

(١) والحكر أقدم ما عرف من الحقوق العينية، ففى رد المحتار جـ ٣ ص ٣٩٠ نجد الحصكفى ينقل عن البحر إسناد الكلام فى الحكر إلى الخصاص المتوفى سنة ٢٦١ هـ .

أرض أنهى وقفها لأحكام هذا القانون، كما صدر القانون ٦٤٩ لسنة ١٩٥٣ بشأن إنهاء حق الحكر على الأعيان الموقوفة^(١).

وواضح أن حق الحكر حق مباشر على الأرض المحكرة، أى أنه حق عينى أصلى، وجرى على هذا القضاء كما جاءت المواد المتعلقة به فى القانون المدنى الجديد على هذا الأساس .

وما دام هو كذلك فإنه يجوز للمحتكر أن يتصرف فيه بطريق مباشر بأن يتنازل عنه إلى محتكر آخر، أو بطريق غير مباشر بأن يبيع ما أحدثه من بناء وغراس مقترناً بحق الحكر (م ١٠٠١ ، ١٠٠٢) كما أنه يتقل إلى الورثة عند الأحناف إذا كان أساسه عقدًا صريحاً بإذن القاضى سواء تم البناء أم لا ، حتى إذا هدم لهم تمجيده أما إذا كان أساسه الإذن الضمنى فإنه وإن كان يورث إلا أنه ينتهى بتخريب البناء والغراس ولا يصح لهم تمجيده انظر المواد (١٠٠١ ، ١٠٠٨).

ومن ناحية أخرى فإن هذا الحق يصح للدائنين التنفيذ عليه . وهو بهذه الخواص يفترق عن حق الانتفاع الشخصى كما هو واضح بمقارنة خواص كل منهما .

حق الانتفاع العيني [أو حق الارتفاق] ،

حق الانتفاع العيني حق متعلق بالأعيان لا بالأشخاص ويسمى حق ارتفاق . وهو حق ثابت لعقار على عقار آخر مالكة غير مالك العقار الأول فيرفع من قيمة العقار الذى له حق الارتفاق، ويخفض من قيمة الآخر^(٢) ، أو هو ما تقرر على

(١) راجع لنا الوقوف من الناحية الفقهية والتطبيقية ص ١٣٤ مطبوع سنة ١٩٥٧ .

(٢) كما يقول قلدرى باشا فى مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ١١ المادة ٣٧ .

عين، فلزمها دون نظر إلى ماليتها وإلى الشخص المتفع (١) والقانون فى المادة ١٠١٥ يعرفه بأنه «حق يحد من منفعة لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر . . . الخ» (٢).

وحق الارتفاق يثبت فى الأملاك الخاصة والمشاركة بين الأفراد بسبب أن يكون أحد هذه الحقوق قد اشترط ضمن عقد معاوضة (٣) كان يبيع شخص أو شركة لفرد قطعة أرض بشرط أن يكون للأرض التى تليها حق المرور عليها، فإذا تم عقد معاوضة على شىء من ذلك بشرط أن يجيزه كما يرى الأحناف، تم العقد وكان الشرط نافذاً والحق قائماً، أو بسبب ثبوت هذا الحق من زمن بعيد مع عدم معرفة السبب حملاً لحال الناس على الصلاح الذى هو الأصل فيهم استصحاباً لهذا الأصل (٤).

(١) يقسم القانون الحقوق العينية إلى حقوق عينية أصيلة وهى الحقوق المستقلة القائمة بذاتها كحق الانتفاع وحق الارتفاق، وحق الملكية التى هى أوسع الحقوق العينية نطاقاً، فهى تتكون من عناصر الحق العينية الثلاثة: حق الاستعمال، وحق الاستغلال وحق التصرف. وإلى حقوق عينية تبعية وهى التى تنفر لفيضان حق شخصى وقد حصرها القانون فى حق الرهن الحيازى، وحق الرهن الرسمى، وحق الاختصاص، وحق الامتياز. والحق العينية التبعى لا يخول للدائن حق استعمال الشىء الذى يرد عليه أو حق استغلاله أو حق التصرف فيه، وإنما حق التنفيذ عليه فى يد أى شخص كان، وهذا هو حق التمتع راجع للدكتور سامى مذكور : نظرية الحق .

(٢) وقد تناول القانون حقوق الارتفاق فى المواد ١٠١٥ إلى ١٠٢٩، هذا وفى القانون الرومانى يعرف حق الارتفاق بأنه حق عينية مقرر على مال مملوك للغير لمنفعة شخص معين أو لمنفعة عقار معين وهى عينية أى التكاليف المقررة على عقار لمنفعة عقار آخر؛ وحقوق ارتفاق شخصية كحق الانتفاع والسكنى والاستعمال وحق استغلال العبد والدواب. ويبدو من هذا التعريف أن فكرة حقوق الارتفاق فى القانون الرومانى أوسع منها فى القانون المدنى المصرى. راجع مبادئ القانون الرومانى للأستاذين الدكتور محمد عبد المنعم بدر والدكتور عبد المنعم البدر ص ٤٤٠ .

(٣) راجع المبسوط للسرخسى ج ١٥ ص ٥٦ ، ٥٧ .

(٤) فلو كانت أرض زراعية تروى عن طريق أرض أخرى، أو دار شرع بابها على طريق خاص بآخرين، أو دار لها ميزاب يصرف ماء المطر على سطح دار جاره أو على فناء داره الخارجى، وكان ذلك كله من قديم الزمن مع جهل سببه لأن الحق يثبت لصاحب الأرض أو الدار أو الميزاب، وقد قلنا إن الناس لا يصنعون إلا ما هو مشروع حتى يقوم الدليل على عكس ذلك.

كما يثبت هذا الحق بسبب أرض موات^(١) فإنه إذا جاء شخص واستولى على قطعة أرض وسط الأرض الفضاء التي لم تدخل في ملك أحد ولم يتعلق بها حق أحد وأحيائها ووصل إليها الماء بشق مجرى تخترق هذه الأرض الموات، أو اتخذ له طريقًا ليصل إلى الأرض التي أحيائها، ثم جاء آخر فأصلح باقى الأرض وأحيائها، فإن حق الأول في المجرى وفي الطريق ثابت لا يملك الآخر أن يبطله.

وكذا فالجوار نفسه يثبت حقًا لكل من الجارين على الآخر من المحافظة على بنائه، وعدم إحداث ما يوهنه أو يزعج سكانه^(٢). والمادة ٨٠٧ من القانون تنص: «على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار» وقد نظمت الدولة بقوانينها ولائحتها الفكرة التي قال بها المالكية من ضرورة استئذان ولى الأمر في التصرفات غير العادية والتي قد يتأذى منها الجار.

وهذه الحقوق تثبت على المرافق العامة أيضًا كالأنهار العامة، والمصارف العامة، والطرق العامة، ويثبت الحق هنا بسبب الشركة العامة بين أفراد الدولة في هذه المرافق فهي قد أنشئت للصالح العام، وتضامن بأموال بيت المال غير أنه في الأموال العامة لا يحتاج في الانتفاع بحق الارتفاق إلى استئذان أحد ما دام استعماله لهذا الحق لا يتعارض مع ما أنشئ من أجله هذا المرفق ولا يضر به لأنه شركة عامة بين الناس، أما حق الارتفاق على الأموال الخاصة فإنها تحتاج إلى إذن من المالك.

وقد أضاف المالكية إلى هذه الأسباب: شراء هذا الحق منفردًا لأنه حق مالى يمكن تقومه عندهم، ووافقهم على ذلك الشافعية.

كما أضاف المالكية أيضًا أن يلتزم صاحب العين متبرعًا لآخر بعقد إعارة. إذ التبرعات ملزمة عندهم خلًا لغيرهم، ومرجع هذا ما سبق بيانه.

(١) هي التي لا مالك لها ولا يتنفع بها أحد وتكون بعيدة عن العمران كما يرى البعض.
(٢) وهذا ما ذهب إليه المالكية ومتأخرو الاحناف، خلًا لغيرهم الذين لم يروا هذا الحق ملزمًا إلا دهانة فقط لا قضاء.

أنواع حقوق الارتفاق وهل يصح إنشاء غيرها.

الحقوق التى تكلم عنها الفقهاء والتى وجدت من قبل هى حق الشرب^(١) والمجرى^(٢) والمسيل^(٣) والمرور^(٤) والتعلّى^(٥) والجوار فقط، فلم يتعارف قديما على غيرها، ولم يرد فى كتب الفقهاء ما يدل على إحداث مرافق سواها، ولكن إذا وجدت بعض الحقوق الأخرى مع تجمد الزمن وأراد المتعاقدان إدخالها ضمن عقود معاوضاتهم وكان العرف يجيز ذلك، فهل يجوز، أم حقوق الارتفاق انحصرت فى الأنواع المذكورة؟

أما الأحناف فقد حددوا حقوق الارتفاق بما ذكر فقط، وقالوا إنه لا يجوز إيجاد حقوق غيرها، ومنعوا إنشاء شئ آخر من الحقوق غير هذه، لا بعقد معاوضة ولا على وجه التبرع، لأن المنافع والحقوق ليست بأموال عندهم - فلا يصح أن تكون محلا للمعاوضة استقلالا، أما إذا دخل هذا الحق فى العقد تبرعاً، فإن مثل هذا التبرع يعتبر إعارة، وهى لا تفيد التزاماً فيصح له أن يرجع فى إعارته، مع أن حقوق الارتفاق ثابتة دائمة لا يملك معطيها الرجوع فيها .

(١) الشرب هو النصيب من الماء اللام للسقى والإنبات. وقسم الفقهاء المياه بالنسبة إلى هذا الحق إلى ثلاثة أقسام : مياه عامة لكل فرد حق الانتفاع بها كمياه الأنهار والترع، ومياه خاصة محررة فى الأواني والأنابيب وهذه ليس لأحد حق فيها، ومياه مباحة لإباحة خاصة كمياه الآبار والمجارى الخاصة وتسمى بالشرب الخاص وللناس حق السقى منه دون الإنبات - راجع تفصيله فى كتابنا الفقه الإسلامى.

(٢) حق المجرى هو حق يثبت لجلب الماء الصالح لاستيفاء حق الشرب وهى غالباً تكون ملكاً لصاحب الأرض التى تمر بها - راجع تفصيله فى كتابنا الفقه الإسلامى .

(٣) حق المسيل هو حق صرف الماء الزائد عن الحاجة أو بعد استعماله لتصرفه فى المصرف العام سواء أكان ظاهراً أم فى باطن الأرض بواسطة أنابيب، وسواء أكان متخلفاً عن أرض زراعية أو دار أو مصنع - راجع تفصيله فى كتابنا الفقه الإسلامى .

(٤) حق المرور هو أن يكون للإنسان حق المرور فى الطريق إلى ملكه ومقصده. والطريق إما عام تملكه الدولة وفيه يثبت حق الناس جميعاً وإما أن يكون خاصاً وهو ما كان لفرد أو أكثر حق المرور فيه. راجع تفصيله فى كتابنا الفقه الإسلامى .

(٥) حق التعلّى هو أن يكون لإنسان الحق فى أن يعلو بناءه غيره على وجه الاستقرار والدوام بقى أو تهدم كل منها - راجع تفصيل أحكامه فى كتابنا الفقه الإسلامى .

وأما الملكية : فقالوا إن المالك حر فيما ينتشىء على عقاره من حقوق لعقار غيره، وأن الحقوق لم تكن محصورة فيما سبق ذكره، فإذا كان لشخص قطعة أرض معدة للبناء بجوار داره فباعها واشترط على المشتري أن يبنى بارتفاع معين، أو يترك من ناحية مسافة محددة، وقبل المشتري، تم العقد وكان الشرط صحيحاً نافذاً. وسواء أكان هذا الشرط في مقابلة مال إن كان عقد معاوضة أم لا يقابله شيء بأن كان الملتزم متبرعاً، فهو سواء فيهما، والشرط صحيح ونافذ وينشئ حقاً للآخر. أما إذا كان تبرعاً، فهم يرون أن المتبرع يلتزم بتبرعه، سواء أكان الحق مؤبداً أم مؤقتاً، وإذا كان معاوضة فصحيح لأنه حق متقوم بمال عندهم.

وهذا هو مذهب أحمد بن حنبل أيضاً، الذي الأصل عنده الإباحة في العقود وفي إنشاء أى شرط يرغب فيه المتعاقدان، مادام هذا الشرط لم يصطدم من الشارع بما يجعله محظوراً.

والقانون المدني المصري في مادتيه ١٧-١٠، ١٨-١٠ اتجه هذا الاتجاه، وما ذهب إليه مالك فيه خير ورحمة وتوسعة على الناس، وإليك الشركات التي تنشئ شروطاً في عقودها عند تقسيم أراضيها لبيعها للبناء أو للزراعة فإنها دون شك تكون سبباً في المحافظة على النظافة والرونق، والاتساق.

خواص حق الارتفاق،

لا يكون إلا على عقار، ولا يبطل بإبطال صاحب الرقبة التي عليها الحق، ولا يمنع صاحب العین التي عليها الحق من الانتفاع بملكه . كما أنه حق دائم، لا ينتهى ولا يزول إلا للصالح العام، فلا يجوز تأقيته عند الأحناف وإن جاز تقييده بالصفة والمكان اتفاقاً، وهو حق يرفع من قيمة العقار صاحب حق الارتفاق، ويخفض من قيمة العقار الآخر الذي عليه الحق، وهو يتبع العقار دائماً يتقل معه من يد إلى يد، سواء أكانت يد مشترٍ أم موصى له أم مستأجر إلى غير ذلك. فهو لهذا يورث حتى عند الأحناف لتعلقه بالعقار دون الأشخاص. بقى أن نعرض الحقوق التبعية بكل إيجاز.



حق الرهن ،

هو^(١) حبس مال نظير حق مالى فى ذمة صاحب الشئ المرهون للغير حتى يتمكن صاحب الحق من استيفاء حقه، وهو يقابل فى الفقه الغربى رهن الحياة.

ويسمى المال المحبوس رهناً ومرهوناً، وصاحبه رهناءً، وصاحب الحق أو الدين مرتهنًا، والعقد الذى بينهما يسمى عقد رهن، والأصل فى المرهون أن يكون فى يد المرتهن.

وحق الرهن حق عينى لأنه يتعلق بالعين المرهونة من ناحية مالىتها لا من ناحية ذاتها، كما أنه حق تبعى لأنه ضمان للدين فهو تابع له.

ومصدر هذا الحق إنما هو عقد الرهن نفسه، وهو لا يتم على الصحيح إلا بإيجاب وقبول إذ فيه معنى المعاوضة حيث يصير المرتهن مستوفياً لدينه عند هلاك الرهن فى يده، وقيل إنه يتم بالإيجاب من الراهن فقط لأنه عقد تبرع.

وعلى كل فهو لا يلزم إلا بالقبض عند جمهور الفقهاء لقوله تعالى : ﴿رَهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، والرهن على وجه العموم يمنع التنفيذ الفورى لتصرف الراهن فى العين المرهونة إذ للمرتهن امتياز فى استيفاء دينه منها أو بالتعبير الشرعى له حق الأولوية عند تراحم الحقوق على الاستيفاء من مال معين^(٢) ويمكن مراجعة حكمه ودليل مشروعيته وشروطه وما إلى ذلك فى كتب الفقه^(٣).

(١) يطلق الرهن فى اللغة على حبس الشئ لى سبب، ومنه قوله تعالى : ﴿كل نفس بما كسبت رهينة﴾ أى محبوسة .

(٢) ومن هذا ما لو مات البائع مفلساً قبل تسليم المبيع المعين فالمشتري أولى به من سائر الغرماء، أما إذا كان قد سلم المبيع للمشتري فإن له الأولوية أيضاً عند الشافعى إذ الحق يبقى عينياً . وأساس هذا عنده أن من حق البائع فسخ العقد - لكن الأحناف يعتبرونه بالتسليم حقاً شخصياً فلا امتياز لدينه .

(٣) وراجع محاضراتنا فى المال والالتزام فى الفقه الإسلامى سنة ١٩٥٣ بجامعة الإسكندرية ص ٢٥٦ - ٣٦٣ .

حق حبس العين لاستيفاء المستحق عليها،

حق الاحتباس حق عيني. ويكون لمن يثبت له هذا الحق أولوية في استيفاء حقه من العين المحتبسة، وحق الاحتباس يكون في حالات عديدة. فالأصل في المبيع أن يكون متعيناً ممكناً تسليمه عند التعاقد، وأنه يلزم المشتري أن يدفع الثمن أولاً مادام نقداً حالاً. فعلى هذا يحق للبائع أن يحبس المبيع ويمتنع عن تسليمه للمشتري حتى يستوفي منه جميع الثمن إن كان حالاً أو يستوفي الحال منه إذا كان منجماً؛ لأن حقه على المبيع نفسه قائم ولم يسقط، فلأن أجل الثمن أو سلم المبيع قبل قبض الثمن الحال لم يكن له حق حبسه ويكون متعدياً إذا حبسه^(١).

ومن هذا أيضاً حق المؤجر في حبس العين المؤجرة للمستأجر حتى يستوفي أجره ما دام قد اتفقا على تعجيله، ولا يعتبر متعدياً بهذا لأنه حقه بالشرط، بل ومن حقه أن ينفرد بفسخ العقد لعدم الوفاء بالشرط^(٢) المتفق عليه.

ومنه حق الوديع في حبس العين المودعة^(٣) لاسترداد ما أنفق في حفظها بإذن من القاضى إذا غاب المودع غيبة طويلة، وكانت العين المودعة تحتاج إلى نفقات لصيانتها، وعرض الأمر على القاضى فأذنه بالإتفاق. وإلا فإذا أنفق دون إذن كان متبرعاً^(٤) ولا يحق له حبس العين لذلك.

ومنه أيضاً حق الوكيل في حبس المال الذى اشتراه لموكله بثمن حال بناء على طلبه حتى يستوفي الثمن منه، ولو لم يكن قد دفعه للبائع كما يرى الأحناف لأن حق العقد عائد عليه، فإذا هلكت العين في يده مع هذا هلكت عليه بثمنها

(١)، (٢) راجع لنا المرجع السابق ص ٣٢٦ - ٣٢٧، ٣٤٦.

(٣) الوديعة هي ترك الأمان مع من هو أهل للتصرف في الحفظ مع بقائها على حكم ملك المالك.

راجع لنا المصدر السابق ص ٣٥٣.

(٤) راجع لنا المرجع السابق.



ولا شيء على الموكل، ولا ضمان على الوكيل. أما إذا حبسها بغير حق كان متعدياً فإذا هلكت ضمن قيمتها^(١).

ومنه حق الملتقط فى حبس اللقطة حتى يستوفى ما أنفقه عليها بإذن القاضى وهكذا بالنسبة لمختلف الصور التى يحق فيها حبس العين لاستيفاء المستحق عليها، ولا يكون الشخص متعدياً بالحبس .

ومصدر هذه الحقوق التبعية هو العقد فى الصور المتقدمة كلها عدا الصورة الأخيرة فإن المصدر فيها هو الشرع نفسه .

متعلق الحقوق فى الفقه الإسلامى: الحقوق من حيث تعلقها تنوع كالآتى^(٢):

- ١- حق يتعلق بذات العين وهذا هو الحق العينى الأسمى .
- ٢- حق يتعلق بها من ناحية المطالبة بالالتزام وهو الحق الشخصى .
- ٣- حق يتعلق بالمطالبة بالعين فقط وهو الحق العينى التبعية، حق الرهن وحق حبس العين .
- ٤- حق يتعلق بمالية المدين كما يتعلق فى الوقت نفسه بذمته وهو حق الدائن على أموال المدين الميت أو المريض مرض الموت .
- ٥- حق يتعلق بالذمة فقط، وهو الدين الذى يتعلق بذمة المدين فى صحته ولم يكن محجوراً عليه .

وأخيراً فنستطيع أن نبيّن من الكلام عن الحق العينى، والشخصى أن لصاحب الحق التبعية، وأن لمن له حق عينى تبعى حق الأولوية، وأن الحقوق العينية تسقط بالإرادة المنفردة فيما يصح إسقاطه، أما الشخصى فإنه يتوقف على عدم الرد إذ قد لا يقبل الملتزم من صاحب الحق هذه المنّة، كما أن الحقوق العينية تسقط بهلاك محلها .

(١) راجع لنا الفقه الإسلامى عند الكلام فى الركن من حقوق العقد .

(٢) راجع هذا المعنى فى مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للدكتور السنهاورى ج١ ص ٣٤ - ٣٥ .

نظرية العقد

الفصل الأول

التعريف بالعقد وشروط تكوينه

تمهيد تاريخى

يرى الباحثون أن الإنسان فى عصوره الأولى لما عرف حيازة الاشياء المباحة وتملكها والانفراد بها، حدث أن احتاج الإنسان إلى ما فى يد غيره والتطلع إليه، وكان سبيل الوصول إلى هذا أولا المشاحنة والقتل الذى يستلزم الأخذ بالنار. ثم ارتقى من ذلك إلى الاهتمام إلى التبادل الفورى للأعيان أو المنافع، ولما عرف الإنسان نظام الأخذ بالدية للحد من النار والتخفيف من ارتكاب القتل، وكان يحدث أحيانا أن يكون من وجبت عليه الدية غير مستعد فى الحال لتقديمها، فإنه عرف نظام الالتزام بها والتعهد بالوفاء بها بعد حين^(١).

وكانت الأديان السماوية أكبر موجه إلى هذا النظام وأعظم دافع إلى احترامه والالتزام^(٢) به، ففى القرآن يقول الله تعالى ﴿ يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾ ويقول ﴿ وأوفوا بالعهد ﴾.

(١) وهناك من يرى أن أصل هذه الفكرة هو لما عرف الإنسان نظام التحكيم، راجع نظرية العقد للأستاذ الدكتور السنهورى.

(٢) وقد روى القرآن ما يفيد أن الله تعالى لما خلق آدم وأسكنه الجنة ألزمه بعدم الاقتراب من شجرة معينة، ولما وسوس إليه الشيطان بالإخلال بهذا الالتزام أخرجه من الجنة ﴿ وقلنا يا آدم اسكن أنت وزوجك الجنة . . . ولا تقربا هذه الشجرة . . . فأرلهما الشيطان عنها . . . فأخرجهما مما كانا فيه . . . ﴾ وفيه أنه يقول لبنى إسرائيل ﴿ أوفوا بعهدى أوف بعهدكم ﴾ وفى سورة يوسف ﴿ وشروءه بثمان بخص . . . ﴾ إلى غير ذلك من الآيات التى تفيد الالتزام والتعاقد.

تعريف العقد:

العقد^(١) لم يرد في كتب الفقه على كثرة ما استوعبناه - كموضوع مستقل بالبحث - ولم يذكر فيها إلا عند الكلام عن عقد من العقود. إلا أنه يمكن من كتاباتهم استنتاج آرائهم في العقد ونظرتهم العامة إليه. فجمهور الفقهاء والاحناف منهم خاصة يطلقونه بمعنيين: الأول هو تعلق كلام أحد المتعاقدين بكلام الآخر شرعا على وجه يظهر أثره في المحل^(٢)، الثاني العقد هو ما يتم به الارتباط بين

(١) هو في لغة العرب يطلق على ما فيه ربط بين أطراف الشيء يقال عقد الحبل فانعقد؛ كما يطلق على كل ما يفيد التزاماً، وإن كان الأصل فيه الربط الحسى بين أطراف الشيء، إلا أن العرب قد استعملوه للربط المعنوي للكلام سواء أكان توثيقاً وتقوية للكلام صادر من جهة واحدة كان يقول عقدت النية والعزم على فعل كذا إذ فيه ربط بين الإرادة وتنفيذ ما التزم به، أم كان ربطاً بين كلامين لشخصين فيقال عقد البيع والزواج والإجارة، ويقال عقدت اليمين، فالعقد عند علماء اللغة يشمل كل ما فيه معنى الربط أو التوثيق والالتزام من جانب واحد أو من جانبين. راجع القاموس باب الدال فصل العين ج١ ص ٣١٥، ٣١٦، المصباح ص ٥٧٥ «عقدت الحبل عقدًا»، والعقد ما يملكه ويوثقه» ومنه قيل عقدت البيع ونحوه وعقدت اليمين وعقدت النكاح إحكامه وإبرامه. والعقد القلادة واعتقد كذا عقد عليه القلب والضمير حتى قيل العقيلة ما يدين الإنسان به.

(٢) المنايا على هامش الفتح ج٥ ص ٨٤ وفي تعريف الفقهاء ما يدل على اتحافهم إلى اعتبار العبارة الظاهرة في وجود العقد دون الاختصار على الإرادة وحدها. أما القانون فإنه لا يسعد عن المعنى الفقهي في تعريف العقد من ناحية أنه يتوقف على اجتماع إرادتين إذ يقول فقهاء القانون: هو اتفاق شخص أو أكثر مع شخص أو أكثر على التمهيد بتسجيل منفعة شرعية للمتعهد له، أو هو توافق إرادتين على إنشاء التزام كالبيع والإجارة، أو نقله كالحمولة، أو تعديله كتأجيل الدين، أو إنهائه كإبراء المدين من الدين، وكفسخ عقد الإجارة قبل مواعده. أو كما يقول بعضهم «توافق إرادتين أو أكثر بقصد إنشاء علاقة قانونية ذات طابع مالي» راجع شرح القانون المدني للمرحوم فتحي رغلول ص ١٢٧، والوسيط للدكتور السهنوري ص ١٣٧، والنظرية العامة للالتزامات للدكتور عبد الحى حجازى ج١ ص ١٩ وما بعدها.

ومع موافقة القانون للفقه في هذا إلا أننا نجد القانونيين يتجهون في تعريفهم إلى ما يفيد أن الأساس الذى يبنى عليه العقد هو إرادة المتعاقدين دون عبارتهما. يفهم هذا من قولهم «توافق إرادتين» بينما الفقهاء المسلمون يتجهون إلى اعتبار العبارة المظهرة للإرادة أيضاً، وهو ما ينجح إليه قانوننا المدني الجديد في المادة (٨٩) حيث تنص على أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين . . . إلخ، وسنبين ذلك في مبحث خاص.

إرادتين من كلام وغيره ويترتب عليه التزام بين طرفيه. فالعقد عندهم بهذين المعنيين لا يكون إلا فيما يحدث بين اثنين من تعاقد، أو بمعنى آخر ما يتوقف الالتزام فيه على اجتماع إرادتين.

غير أن بعض فقهاء المذاهب الأخرى والفقيه الحنفي «الخصاص»^(١) ينظرون إلى العقد بمعنى أعم من نظرة الآخرين، فيشمل عندهم ما كان الالتزام فيه من جانبين كالبيع والإجارة والزواج، وما كان لا بد لانعقاده من تلاقي إرادتين مظهرهما الإيجاب والقبول كالوكالة والوصية علي أفراد، كما يشمل ما يتم الالتزام فيه بإرادة واحدة من غير توقف علي شيء آخر كالطلاق^(٢) المجرى والعزل من التوكيل والعتق. وبذا يكون هؤلاء أقرب بكثير إلى المعنى اللغوي من الآخرين.

ومن تعريف جمهور الفقهاء للعقد يبين أنه إرادة محضة فهو يتوقف علي الرضا، وأنه لا بد من اجتماع إرادتين ليتكون العقد، وعلي هذا فالإرادة المنفردة لا يوجد معها عقد وإنما هي إخراجات أو إيقاعات أو إيجابات^(٣)، وإن كان عامة الفقهاء مع هذا يطلقون كلمة عقد علي ما يتم بالإرادة المنفردة أيضاً.

(١) يقول الخصاص «العقد ما يعقده العاقد علي أمر يفعله هو، أو يعقد علي غيره فعله علي وجه الزامه إياه فيسمي البيع والنكاح وسائر عقود المعاوضات عقوداً لأن كل واحد من طرفي العقد قد ألزم نفسه التمام عليه والوفاء به، وسمي اليمين علي المستقبل عقداً لأن الحالف ألزم نفسه الوفاء بالعمل أو الترك. وكذا كل ما شرطه الإنسان علي نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد» ويقول في تفسيره لقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ العقد هو التزام علي الأحكام - راجع آيات الأحكام ج ٢ ص ٢٩٤، وكتاب العقود لشيخ الإسلام الفيلسوف ابن تيمية، وتفسير الفخر الرازي ج ١١ ص ١٢٣، أول سورة المائدة، وجاء في مذكرة الالتزامات في الشرع الإسلامي للأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم «وأري أنه لا مانع من تسمية ما يتم بالإرادة المنفردة وحدها عقداً، علي أن العقد المكون من إرادتين متوافقتين متقابلتين هو في الحقيقة عقد مؤلف من عقدين أحدهما من ناحية الموجب واثنيهما من ناحية القابل» وقد عرفه: بأنه إيجاب الإنسان أمراً علي نفسه إما باختياره وإرادته، وإما بالزام الشرع له.

(٢) الطلاق لغة رفع القيد وشرعاً هو رفع القيد الثابت شرعاً بالنكاح، وهو مجرد كقول الزوج لزوجته أنت طالق، ويكون نظير مال تدفعه الزوجة لزوجها كي يطلقها، والحكم يختلف في كل منهما عن الآخر، راجع لنا الفقه الإسلامي في الزواج والفرقة وآثارهما.

(٣) الدسوقي علي الدردير ج ٣ ص ٢، النجفي في العقود ص ٢، روح المعاني ج ٢ ص ٢٣٩.

كما أن العقد في الفقه الإسلامي يرشد إلى نزعة موضوعية إذ يقولون :
تعلق كلام أحد المتعاقدين بالآخر شرعاً علي وجه يظهر أثره في المحل فهم يركزون
نظرتهم إلى النتيجة الأخيرة للعقد دون اعتداد بالتأثير الأولية من ناحية أنه ينشئ
التزاماً شخصياً^(١).

العقد عند رجال القانون : لا تكاد تختلف نظرة رجال القانون عن نظرة
جمهور رجال الفقه الإسلامي السابق بيانها أولاً. إذ أنهم يعرفون العقد بأنه^(٢)
«اتفاق شخص أو أكثر مع شخص أو أكثر علي التعهد بتحصيل منفعة شرعية
للمتعهد له» أو «هو توافق إرادتين علي إنشاء حق أو علي نقله أو علي إنهائه»^(٣)
ومن هذا نجد القانون يخص العقد بما كان لا بد فيه من إرادتين، أما ما يتم بإرادة
واحدة وما تشمله إطلاق كلمة عقد عند اللغويين وعند البعض من رجال الفقه
الإسلامي فهو ليس بعقد عندهم، وإنما هو إرادة منفردة يترتب عليها التزام من
جانب واحد.

الفرق بين العقد وكل من التصرف والالتزام .

العقد ما يفيد التزاماً يتوقف وجوده علي اجتماع إرادتين كما يري جمهور
الفقهاء، والالتزام هو التصرف المتضمن إرادة إنشاء حق من الحقوق أو إنهاء حق
أو إسقاطه دون أن يتوقف تمامه علي التزام أو تصرف من جانب آخر. بمعنى أنه
يستوي فيه التصرف الذي ينتج التزاماً من جانب في مقابلة التزام من جانب آخر
كالبيع والإجارة، أو الذي يكون متوقفاً تماماً علي قبول من الطرف الآخر كالوكالة
والوصية علي أفراد معينين، أو الذي ينتج من جانب واحد دون توقف علي أي

(١) راجع للدكتور السنهاوي مصادر الحق ج ١ ، والدكتور شفيق شحاته النظرية العامة للالتزامات في
الشرعة الإسلامية ص ١٢٣ .

(٢) شرح القانون المدني للمرحوم أحمد فتحي زغلول ص ١٢٧ .

(٣) الوسيط للدكتور السنهاوي ص ١٣٧ .

شيء كالطلاق والنذر، بل من الفقهاء من خصه عند الإطلاق بحالة إلزام الشخص نفسه، ولذا فإنهم يطلقونه علي أحوال الإرادة المنفردة^(١). ويعرفه بعض الشرعيين بأنه إيجاب الإنسان أمراً علي نفسه إما باختياره وإرادته وإما بإلزام الشرع له^(٢).

ويقول رجال القانون بأن الالتزام في جوهره هو عبارة عن فعل مطلوب من شخص معين، أو هو سلطة معينة تمنح لشخص علي شخص آخر^(٣)، وعلي هذا يكون الالتزام في ذاته علاقة مادية إما بمال المكلف كما في المدين، وإما بعمله كما في الأجير، وقد جعل الشرع الإسلامي معها بهذا الاعتبار سلطة شخصية لصاحب الحق تخول له طلب حبس من عليه الالتزام مديناً أو أجيراً إذا أخل بالوفاء دون عجز، لقول الرسول «مطل الغني ظلم» وقوله «لي - أي مطل - الواجد ظلم يحل عرضه - بالظن في أمانته وذمته - وعقوبته»، ولقوله تعالى «وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة».

وعلي هذا فالعقد علي ما قاله بعض الفقهاء مرادف للالتزام أو هما متقابلان علي أن العقد لا بد فيه من اجتماع إرادتين، والالتزام يختص بأحوال الإرادة المنفردة، وأن العقد أخص من الالتزام. علي أن العقد يشترط فيه اجتماع إرادتين والالتزام أعم من ذلك.

أما التصرف : فهو ما يصدر عن الشخص المميز، بإرادته ويرتب عليه الشارع نتيجة ما. فهو أعم من العقد ومن الالتزام بالاتفاق لأن التصرف قد يكون فعلياً كالاستيلاء علي بعض الأموال المباحة والغصب وقبض الدين، والرجعة^(٤).

(١) النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاته ص ١٩٧.

(٢) مذكرة الالتزامات للمرحوم الشيخ أحمد إبراهيم ص ٢١.

(٣) الدكتور السهوري في الوسيط ١٠٧.

(٤) فالرجعة الفعلية تصرف شرعي رتب الشارع عليها آثاراً حتي دون أن يتوقف فعلها علي نية عند الحنفية والحنابلة، وهو قول عند المالكية، وكذا المسائل الأخرى فإنها تصرف فعلي، وعلي هذا يكون تعريف التصرف الوارد في الملكية ونظرية العقد للأستاذ الشيخ أبي زهرة ص ١٨٣ طبعة أولى من قوله «التصرف الشرعي كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية ويرتب عليه الشارع أثراً شرعياً في المستقبل» تعريف قاصر لعدم شموله التصرف الفعلي.

وقد يكون التصرف قوليا وهو ما كان قوامه يصدر عن الإنسان من قول أو كتابة أو إشارة يرتب عليه الشارع حقا معينا، وهذا إما أن يكون من جانبين أي يتم نتيجة اتفاق إرادتين كالبيع والزواج وغيرهما من أنواع العقود. ولذا فإنه يصح تسميته تصرفا عقدياً، وإما أن يكون عزيمة مبرمة وإرادة منشئة لحق كالوقف، أو منهية كالطلاق أو مسقطه له كما في الإبراء من الدين والتنازل عن حق الشفعة مما خصه بعض الفقهاء باسم الالتزام. وبما أدخله بعضهم ضمن العقد، وإما أن يكون خالياً من كل ذلك وإنما هو إخبار بدعوي أو إقرار بحق سابق أو إنكار له أو حلف علي نفيه وهذا أبعد ما يكون عن العقود لأن هذا ليس فيه إنشاء التزام ولا إسقاطه ولا التنازل عنه.

ما يتوقف عليه وجود العقد: لا بد لتصور العقد ووجوده من وجود الآتي :

أولاً : وجود المتعاقدين اللذين يرغبان في إنشاء العقد وتكوينه، ليتوصلا إلي أثره المترتب عليه شرعا ويلتزموا بحكمه.

ثانياً : الصيغة التي يتكون منها العقد وهي ما يصدر عن المتعاقد من عبارة كاشفة عن إرادته ومظهرة لرغبته كأن يقول بعث أو اشتريت أو وهبت أو تزوجت .
ثالثاً : محل للعقد يقع عليه التعاقد ويكون الالتزام بخصوصه وواقع عليه كالسلمة المبيعة في عقد البيع، والمنفعة التي يملكها المستأجر في عقد الإجارة وهكذا.

رابعاً : المقصد الأصلي الذي شرع العقد من أجله، أو بعبارة أخرى الأثر المترتب علي التعاقد مما يطلق عليه الفقهاء حكم العقد^(١)، وهذا يختلف حسب اختلاف أنواع العقود لا مفرداتها؛ فهو في عقود البيع جميعها واحد هو نقل ملكية المبيع من البائع إلي المشتري بعوض، وفي عقود الهبة ونحوها؛ نقل ملكية الشيء الموهوب من ملك الواهب إلي ملك الموهوب له بغير عوض. وفي عقود الإجارة تملك المستأجر منفعة العين المؤجرة مدة عقد الإجارة بعوض، وفي عقود النكاح حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر وملك عصمة الزوجة.

(١) غير أننا نستطيع القول بأن المقصد الأصلي يسمى حكماً إذا نظرنا إليه من جهة الشارع وما رتب عليه من آثار.

وينبغي أن نشير إلى أن الغاية من التعاقد أو المقصد الأصلي منه يختلف عن الباعث الشخصي في نفس التعاقد إذ الباعث عامل نفسي هو الذي دفع الشخص بذاته إلى التعاقد، وهذا يختلف باختلاف الأشخاص، فقد يكون الدافع لأحد البائعين رغبته في الحصول على الثمن أو احتياجه إليه، وقد يكون الباعث لبائع آخر التخلص من المبيع نفسه. وقد يكون بالنسبة لثالث قصد الاتجار والربح، وقد يكون غير كل هذا وإنما هو مجرد الرغبة في تهريب المال من الوارث أو الدائن، أو لمجرد التخلص من الضرائب^(١).

فالباعث إذا يخضع لرغبات الأشخاص دون طبيعة العقد. أما المقصد أو الغاية أو الأثر المترتب على العقد فإنه يتأثر بطبيعة العقد نفسه دون اعتبار لأشخاص المتعاقدين.

والعقد مادام قد وجد صحيحاً مشروعاً لزم الوفاء به، وقد ورد العقد في القرآن في عدة مواضع كلها تفيد الحث على الوفاء به، والقيام بالتزامات التي يوجبها^(٢).

أما إذا كان التعاقد رغم سلامة أركانه يقع على شيء غير مشروع فإنه لا ينشئ التزاماً في نظر الشارع، ولا يجب الوفاء به، بل على النقيض فإنه يجب إغفاله، وإلا فإن التعاقد يكون آثماً شرعاً ويستحق عقاب الله المترتب على مخالفته لحكم الشرع «فتعاقد المسلم على الخمر أو الخنزير أو الربا أو علي من تحرم عليه

(١) وعدم مشروعية الباعث قد توجب بطلان العقد في بعض المذاهب على ما سنبينه عند الكلام عن اختلاف العبارة مع الإرادة.

(٢) ومن هذا قول الله تعالى في سورة المائدة ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وقوله في سورة الإسراء ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولاً﴾ ويقول الرسول «لا أمان لمن لا أمانة له، ولا دين لمن لا عهد له».



شرعا بسبب القرابة أو النسب أو الرضاع لا يتتبع التزاما بل لا وجود للعقد باعتبار أنه سبب في ظهور الحكم^(١).

(١) وذلك لقوله تعالى بالنسبة للخمر والخنزير ﴿حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير﴾ وقوله ﴿إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه...﴾ وقوله بالنسبة للربا ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾ وقوله بالنسبة لمن يحرم الزواج بهن ﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم... وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة وأمهات نسائكم وربائكم اللاتي في حجوركم...﴾

الفصل الثاني

تكوين العقد وإرادة المتعاقدين

يحتوي هذا الفصل على خمسة مباحث ١- أركان العقد وشروطه ٢- صيغة العقد وموافقتها للإرادة وأثره. ٣- عدم مطابقة العبارة للإرادة وأثره. ٤- الرضاية في العقود. ٥- الإرادة المنفردة والعقد.

المبحث الأول

أركان العقد وشروطه

ركن العقد : الركن في اللغة هو الجانب القوي الذي يمسكه، وهو عند غير الأحناف ما لا بد منه لتصور العقد ووجوده سواء أكان جزءاً منه أم مختصاً به، وعليه هذا فأركان العقد عندهم : العاقد، ومحل العقد، والصيغة التي يتكون منها العقد^(١)، أما الأحناف فالركن عندهم هو ما كان جزءاً من الشيء ولا يوجد إلا به، وعليه هذا فركن العقد عندهم هو الإيجاب والقبول اللذان يكونان صيغة العقد، وإن كان لا بد لوجود العقد من وجود المتعاقدين ووجود شيء يتم التعاقد عليه وهو ما يسمى محل العقد، إلا أنهما ليسا من أجزاء العقد.

واختلف الأحناف مع باقي الفقهاء أيضاً في تعريف كل من الإيجاب والقبول. فبينما يرى الأحناف أن الإيجاب هو ما صدر أولاً من أحد المتعاقدين. وأن القبول ما صدر ثانياً من العاقد الثاني^(٢)، إذ يرى غيرهم أن الإيجاب ما صدر من المملك والقبول ما صدر من المملك، فعبرة البائع والمؤجر والزوجة هي الإيجاب عندهم سواء صدرت أولاً أم أخيراً، لأن تمليك العين أو المنفعة أو العصمة صادر من جهتهم، وعبرة المشتري والمستاجر والزوج هي القبول لأنهم هم الذين سيتملكون العين أو المنفعة أو البضع.

(١) انظر الفروق للقرافي ج ٢ الفرق ٣.

(٢) وفي فتح القدير ج ٢ ص ٢٤٤ الإيجاب هو الصيغة الصالحة لإفادة ذلك العقد وتصدر أولاً، والقبول ما

يقع ثانياً من أي جانب كان كل منهما وراجع المفتي ج ٣ ص ٥٦٠.

الشرط وما يشترط في العقد : الشرط في اللغة العلامة الدالة المميزة وفي الاصطلاح الفقهي عند الأحناف ما يتوقف وجود الشيء عليه دون أن يكون جزءاً منه كتوقف الصلاة علي الطهارة مع أنها لم تكن جزءاً منها، واشترط القدرة علي تسليم المبيع لصحة البيع فليس هذا جزءاً من العقد مع أنه يتوقف وجوده عليه . وبذا نجد الشرط يشارك الركن في أنه لا وجود للعقد أو الشيء إلا بوجودهما، مع أن الركن داخل في حقيقته وجزء منه، بينما الشرط خارج عن حقيقته وليس جزءاً منه^(١).

ويقسمون الشرط باعتبار مصدره إلي شرط شرعي يفرضه الشارع فلا بد منه لتحقيق العقد، ولا يوجد الشيء إلا به وهو الذي نقصده هنا . وشرط جملي : يشترطه العاقد بإرادته ليحقق له رغبة وقصداً خاصاً في العقد فيجعل العقد مقترناً به أو معلقاً عليه علي ما سنبينه ونبين موقف الفقهاء من أن الأصل فيما يشترطه المتعاقدان الإباحة أم الحظر .

والعقد يتم وينعقد بتحقيق ركنه - وقد سبق - لكن بشرط أن يكون العاقد أهلاً للتعاقد، وأن يتوافق كل من الإيجاب والقبول علي محل عقد بعينه، وأن يكون محل العقد قابلاً للتعاقد شرعاً، وأن يتصل القبول بالإيجاب في مجلس العقد، أما أهلية المتعاقد فقد تكلمنا عنها وعن عوارضها عند الكلام عن نظرية الحق، وبيننا أنه يشترط أن يكون العاقد مميزاً يعني ما يقول، ويقصد الوصول إلي أثر المترتب عليه علي التفصيل السابق ذكره، لأن العقد سبب ناقل للملكية من

(١) ويطلق الأصوليون الشروط علي نوعين : الأول : الشرط الشرعي أو الحقيقي، وهو إما أن يكون شرطاً لسبب مثل اشتراط العمد والعدوان في سببية القتل لإيجاب القصاص، أو يكون شرطاً للحكم كالأمثلة السابقة، الثاني الشرط الجملي، وهو ما يتعلق به حصول شيء علي حصول شيء آخر. إن سافرت إلي جهة كذا فأنت وكيل عني، أو ما يقترن بالعقود والتصرفات من التزامات تشترط عند التعاقد مثل اشتراط خيار الشرط أو هدم سفر الزوجة إلي غير ذلك . راجع المغني ج ٣ ص ٥٦٠ . وابن عابدين ج ٥ ص ٥ ، والفتح ج ٥ ص ٧٤ ، وجميع كتب الأصول . وراجع لنا تفصيل ذلك في كتابنا «مباحث الحكم عند الأصوليين» .

حيز إلي حيز، ولذا كان لا بد فيه من تحقق القصد والإرادة، وهذا لا يتحقق إلا في شخص له أهلية أداء^(١).

توافق الإيجاب والقبول في جميع جزئياته ،

يتوافق الإيجاب مع القبول ويتلاقى معه إذا كان مطابقاً له في كل جزئية من جزئياته^(٢) كأن يقول شخص لآخر بعثك كتابي هذا بعشرة قروش فيقول الآخر قبلت، فإن الكتاب أخرج البائع من ملكه نظير قبضه عشرة قروش حالة. وقد قبل المشتري أن يملك الكتاب نظير دفع عشرة قروش للبائع في الحال.

فإن كان القبول مع اختلافه يتضمن الإيجاب ويشتمل علي جميع جزئياته، جزئياته، اعتبره الفقهاء قبولاً ضمناً وانعقد العقد معه وذلك كأن تقول لآخر بعثك كتابي بعشرة قروش، فيقول الآخر قبلت بعشرين قرشاً، فإن العقد ينعقد لأن القبول جاء موافقاً للإيجاب ضمناً ومشتتلاً عليه، إذ القابل للشراء بعشرين قرشاً

(١) وفي الفتح ج ٥ ص ٧٤ «فصح بيع الصبي والمعتوه اللذين يعقلان البيع وأثره» وفي حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٥ «ولا يشترط البلوغ والحرية ولا ينعقد بيع مجنون وصبي لا يعقل، أما الصبي المميز فعقده لنفسه موقوف علي الإجارة».

(٢) الفتح ج ٥ ص ٧٩ - ٨٠ الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ج ٣ ص ٢٠ إلى ٢٢ والبدائع ج ٥ ص ١٣٦ وما بعدها «وأن يكون القبول موافقاً للإيجاب وبأن يقبل المشتري ما أوجهه البائع وبما أوجهه فإن خالفه بأن يقبل غير ما أوجهه أو بعضه أو بغير ما أوجهه أو ببعضه لا ينعقد من غير إيجاب مبتدأ» وفي حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٦ «ويشترط موافقة الإيجاب للقبول وإلا لم ينعقد العقد إلا في الشفعة بأن باع عبداً وعقاراً في عقد واحد فطلب الشفع العقار وحده» وقد بينا في كتابنا الفقه الإسلامي أن أخذ الشفع يعتبر شراء جديداً، وقلنا أن الخلاف فيما إذا كان المبيع في يد البائع وطلبه الشفع هل يملك من البائع وينقض العقد الأول ويعتبر كأنه أصدر إيجابين أحدهما للمشتري والآخر للشفع والقاضي يرجع أحدهما «فارجع إليه إن أردت».

يكون قابلاً بالعشرة، ولا يلزم المشتري إلا العشرة قروش فقط التي نص عليها الإيجاب^(١) وتم العقد علي أساسها إذ لا يملك هو أن يدخل في ملك غيره شيئاً من غير رغبته، إلا إذا قال البائع بعد ذلك في المجلس: قبلت، إجابة عن كلام المشتري، فيلزم المشتري بدفع العشرين، ويكون العقد قد تم بإيجاب من المشتري وقبول من البائع، ولا اعتبار لعبارة البائع الأولى.

ومن هذا لو باعه بثمان مئول، فقبل المشتري بثمان حال، لأن القبول في كل هذا لم ينقص شيئاً من الإيجاب، وإنما جاء متفقاً معه ومتضمناً رغبة صاحب الإيجاب، وكذا إذا قال البائع للمشتري بعثك هذه الدار بما فيها من أثاث بألفي جنيه: الدار بألف وخمسمائة، والأثاث بخمسمائة، فقال المشتري قبلت شراء الدار فقط بألف وخمسمائة، إذا البائع يبيانه ثمن كل من الدار والأثاث علي حدة يكون قد قبل تفرقة الصفقة فيتم العقد^(٢)

أما إذا كان القبول غير مشتمل علي جميع جزئيات الإيجاب فإنه لا يتلاني معه^(٣)، فإذا قال شخص لآخر: بعثك كتابي هذا بعشرة قروش، أو يقول له بعثك داري هذه بما فيها من أثاث بألفي جنيه ولم يفصل لكل ثمناً، أو يقول له بعثك كتابي هذا بعشرة قروش تدفعها حالا، فقال المشتري قبلت شراء الكتاب بسبعة قروش، أو قبلت شراء الكتاب بعشرة قروش مؤجلة، أو قبلت شراء الدار دون الأثاث بألف وخمسمائة.

أو باع داره كلها بألف لشخص أو شخصين، فقبل المشتري نصفها بخمسمائة في الصورة الأولى أو قبل أحدهما ورفض الآخر في الصورة الثانية، فإن العقد لا ينعقد بشيء من هذا إذ القبول لم يتضمن كل ما جاء به الإيجاب وفيه

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٧٧، ورد المختار ج ٤ ص ١٩.

(٢) راجع البدائع ج ٦ ص ١٣٧ وراجع الفتح والمناة ج ٥ ص ٧٩ إلي ٨١.

(٣) راجع الفتح ج ٥ ص ٨٠ والبدائع ج ٧ ص ١٣٦.

تجزئة الصفقة علي البائع وهو ضار به، ويعتبر هذا بمثابة إيجاب جديد من المشتري يحتاج إلي قبول من البائع فإذا حدث ذلك وقبل البائع ما عرضه المشتري تم العقد، واعتبرت العبارة الأولى لاغية.

وكذلك إذا باعه الدار بألف حالة فقبل شراءها بألف ومائة مؤجلة أو منجمة فإن العقد لا ينعقد بهذا القبول لمخالفته للإيجاب من بعض الوجوه إلي مافيه من ضرر محتمل بصاحب الإيجاب لأن الثمن وإن كان أريد عما تضمنه الإيجاب إلا أنه قد يكون البائع راغباً في تعجيل الثمن لحاجة، أو أن رضاهم بالبيع لا يتوافر إلا مع تعجيل الثمن خشية النزاع، أو أن يتوي الحق.

فالمقصود بتوافق الإيجاب مع القبول في الفقه الإسلامي، توافر الرضا بالعقد بين طرفيه، فإذا كان الاختلاف لا يضر بالآخر من أي وجه انعقد العقد وإلا فلا ينعقد بهذه الصيغة^(١) يقول الله سبحانه وتعالى^(٢) : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾.

والمادة ٩٦ من القانون تنص : «إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً» فإذا باع بألف فوراً وقبل المشتري أن يدفع علي أن يزيد البائع في المبيع شيئاً، أو قبل أن يدفع في المبيع وحده ثمانمائة، أو قبل أن يدفع فيه وحده ألفاً ولكن بالتقسيط، لم يتم البيع واعتبر هذا القبول إيجاباً جديداً^(٣). وبهذا يظهر أن القانون جاء متفقاً مع نظرية الفقهاء في هذه المسألة ولا يختلف عنها في شيء يذكر^(٤).

(١) ولذا في عقود التبرعات لو وهب شخص لآخر عشرة قروش فقبل خمسة انعقد عند الشافعي، راجع نهاية المحتاج ج ٦ كتاب الوصية.

(٢) سورة النساء. ج ٥ / ٢٩.

(٣) راجع الوسيط للدكتور السهوري ص ٢٢٠ عند تعليقه علي المادة المذكورة.

(٤) لكن جاء في كتاب «الأموال ونظرية العقد» ٢٥٦ ، ٢٥٧ أن القانون يختلف مع الفقه الإسلامي في هذا.

أن يكون محل العقد قابلاً للتعاقد شرعاً :

محل العقد هو ما كان التعاقد بخصوصه وواقعاً عليه، مالا كان كالكتاب والدار، أو منفعة مال كسكني الدار وركوب السيارة، أو منفعة ما ليس بمال كالمنفعة المترتبة علي عقد الزواج، أو عملاً كعمل الطبيب والمهندس والمعلم والحارس، فإن هذه كلها ينعقد عليها العقد ويترتب عليه أثره مادام المحل قابلاً لظهور حكم الشرع فيه وغير منهي عنه.

فلو كان محل العقد لا يعتبر مالا في نظر الشارع كلحم الميتة مثلاً، أو مالا غير متقوم كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم، أو كان منفعة مال لا يعتبرها الشارع ولا يقرها، كاستئجار سلاح من شخص للقتل به من غير حق، أو منفعة مالميس بمال ولا يعتبره الشارع كاستئجار البغايا، وكالزواج بمحرم منه، أو عملاً نهى عنه الشارع مثل استئجار النائحة للنوح أو شخص للسرقة أو الاعتداء علي آخر بالضرب، فإن العقد لا ينعقد، بمعنى أنه لا يترتب عليه أثره الشرعي في شيء، من ذلك، لأن الشرع قد نهى عنه فلا يحدث ارتباط بين الإيجاب والقبول رغم وجود العقد في الظاهر^(١).

(١) المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٢٢٢ وما بعدها وفي ص ٢٦٠ أن لبن المرضع يجوز بيعه عند الشافعي وهو مكروه عند أحمد بن حنبل، وحرام عند مالك وأبي حنيفة وبعض الحنابلة، ويقول ابن قدامة والاول أصح لأنه لبن طاهر متفع به فجاء بيعه، ولأنه أخذ العوض عنه في إجارة الغنم (المرضع) فأشبهه المنافع. راجع فيه ج ٤ ص ٢٢٢ إلي ص ٢٦٤ والبدايع ج ٥ ص ١٤٥ وعلي هذا يمكن أن يقاس عليه بيع الدم لأنه يتفع بنقله في تقوية المريض الذي يحتاج في علاجه إلي نقل دم، وفي البدائع ج ٥ ص ١٤٤ عن أبي حنيفة «كل شيء أفسده الحرام والغالب عليه الحلال فلا بأس ببيعه، وما كان الغالب عليه الحرام لم يجوز بيعه ولاهتبه» ثم قال: ويجوز بيع آلات الملاهي من الطبل والمزمار والدف ونحوها عند أبي حنيفة لكنه يكره فلو أتلّفها إنسان ضمنها عند الإمام خلافاً للصاحين وعلي هذا بيع النرد والشطرنج. ثم يقول: والصحيح قول أبي حنيفة لأن كل واحد منهما متفع به شرعاً، وبالجملّة فراجع من ص ١٣٨ - ١٤٥، الهداية ج ٣ ص ٣٦.

والمادة ١٣٥ من القانون المدني تنص علي أنه إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً، فلا يجوز أن يكون الشيء المخالف للنظام العام أو الآداب محلاً للالتزام^(١)، ويستتبع ذلك أنه لايجوز الاتفاق علي ما يخالف النظام العام أو الآداب^(٢).

(١) وكذلك تنص المادة ١٣٦ «علي أن السبب إذا كان مخالفاً للإرادة فالعقد باطل» وتنص المادة ٢٦٦ علي ألا يكون الشرط مخالفاً للآداب.

(٢) الرسيط للدكتور السنهاوري ص ٣٩٨ والمخالف للنظام العام هو ما كان غايته الوصول إلي أمر ممنوع بالقانون بتشويه النصوص القانونية الأمرة والناحية والاحتيايل عليها، وهو شامل ما نهى إلي إحداء واقعة غير مشروعة، وما يفضي إلي مخالفة النصوص القانونية الأمرة والناحية. والمخالف للآداب : النصوص القانونية لم تتعرض لتعريف الآداب، وشراح القانون المصري قد نحوا منحي شراح القانون الفرنسي في فصل الآداب عن الدين، وإن كان منهم (كالدكتور السنهاوري) من هو أكثر وضوحاً في كون الدين عنصراً من العناصر التي تحكم الآداب العامة.

وكان الأجدر بشراح القانون في البلاد التي دينها الرسمي الإسلام أن يرجعوا إلي الآداب الإسلامية وأحكام النصوص الإسلامية لمعرفة الآداب العامة وخصوصاً أن المادة الأولى من القانون المصري تشير إلي أن المحكمة تقضي بمبادئ الشريعة حين لا تجد نصاً. والآداب ليس لها نص فلزم أخذها من الشريعة وعلي هذا فالآداب عندنا هي النصوص الشرعية الإسلامية الأمرة أو الناحية التي كانت من قبل نصوصاً ملزمة بذاتها ولها جزاء علي مخالفتها ولكن وجدت نصوص قانونية وضعية أبطلت حكم هذا الجزاء. راجع للدكتور عبد الله الجليلي «المراقي» رسالته - في الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام والآداب من ص ١٧١ وما بعدها ومن ص ٣٠٦ وما بعدها، التي نال بها درجة الدكتوراه من حقوق القاهرة. وقد كنت أحد أعضاء مناقشتها والحكم عليها.

اتصال الإيجاب بالقبول ،

١ - بمعنى أن يصدر القبول متصلاً بالإيجاب^(١) في مجلس العقد إن كانا حاضرين دون أن يفصل بينهما فاصل، وإلا فإذا كان أحدهما حاضراً والآخر غائباً فيجب علي الغائب بمجرد وصول الإيجاب إلي علمه أن يظهر رأيه ليتصل قبوله بالإيجاب دون فاصل، ومع هذا فلا يتحقق هذا الاتصال إلا إذا كان كل عاقد يعلم بما صدر من صاحبه ويفهمه، وأن تكون العبارة مقصودة ومرغوباً في أثرها الشرعي.

نعم لا بد لوجود الالتزام بين المتعاقدين أن يفهم كل منهما عبارة الآخر، وأن يقصد ما يترتب عليها^(٢) لأن الإرادة التي يتم بها الارتباط أمر خفي.

والعبارة أو ما يقوم مقامها هي الكاشفة عن الإرادة والمظهرة لها، ولذا لزم أن تكون واضحة مفهومة - فإذا صدر من أحدهما ما يدل علي إرادته ورغبته لكن لم يصل إلي سمع الآخر أو لم يفهم مدلولها لأنه بلغه لم يفهمها، أو لشيء من ذلك وصادف في نفس الوقت أن صدر منه ما يصلح أن يكون قبولاً، فإن العقد لا ينعقد ولا يعتبر هذا من اتصال القبول بالإيجاب.

ولا بد لتحقيق الاتصال من أن يصدر القبول في مجلس العلم بالإيجاب سواء أكان المتعاقدان حاضرين في مجلس واحد يسمع كلاهما عبارة الآخر، أم كان التعاقد بينهما بالرسالة أو الرسول، ففيه خير للمتعاقدين معاً حتي يتبين كل منهما موقفه. فمن مصلحة صاحب الإيجاب أن يعرف رأي الآخر عند علمه بالإيجاب

(١) راجع الدر المختار ج ٤ ، ص ٦ - ١١ ، البدائع ج ٥ ص ١٣٧ ، الفتح ج ٥ ص ٧٨ ، والمغني ج ٣ من ٥٦٢ إلي ٥٦٩ .

(٣) فتح القدير ج ٥ ص ٧٤ . أما إذا كان التزاما يملكه بمفرده كالرجعة والطلاق والإعتاق والنذر والإيلاء فإنه يتم ولو لم يعلم به الآخر مادام قد أظهر علي ما هو مبين في مواضعه - راجع للدكتور محمد وحيد سوار رسالته في التعبير عن الإرادة سنة ١٩٦٠ وقد كنت عضواً في مناقشتها والحكم عليها.

من غير أن يمضي علي ذلك وقت، ومن مصلحة الآخر أن يظهر رأيه بالقبول أو الرفض قبل أن يرجع الموجب عن إيجابه، أو يري فرصة أخرى تحقق له غرضاً أفضل مما عرض، ولأن الأصل في التعاقد هو الإرادة، وهي كما قلنا أمر خفي لا مظهر لها إلا ما يدل عليها من العبارة. والإيجاب ينتهي ويظل بانتهاه صدوره، فتبقي الإرادة بغير دليل علي بقائها فلا تعتبر، ولذا كان القياس يقضي بضرورة اتصال القبول فور ظهور الإيجاب من غير فاصل رمزي.

وإن كان القياس يقضي بانتهاه الإيجاب بمجرد انتهاء العبارة الدالة عليه، إلا أن العرف اعتبر مدلول العبارة قائماً مادام المجلس لم يتغير، ولم يتخلله فاصل؛ ولذا اعتبر الفقهاء الإيجاب باقياً ما بقي المجلس إلا إذا رجع عنه صاحبه، وليستطيع الآخر التروي بعض الشيء فيما يقدم عليه من قبول أو رفض. ويسهل علي الناس التعامل^(١) وعلي كل فالفقهاء بين موسع في ذلك ومضيق وإليك ما يراه كل فريق.

يشترط الشافعية^(٢) اتصال القبول بالإيجاب فور صدوره من غير وجود أي فاصل كان ولو يسيراً في غير موضوع العقد، واعتبروا أن صدور أي شيء من الآخر في مجلس العقد قبل إظهار رغبته يكون فاصلاً مانعاً من تلاقي الإيجاب بالقبول، ويعتبرونه بهذا منهياً لمجلس العقد فلو تكلم بأي كلام أو أحدث أي فعل بعد صدور الإيجاب اعتبروا ذلك إعراضاً عن الإيجاب لأن الأصل فيه أنه يزول ويرتفع بالانتهاء من التلفظ به، فلو صدر القبول بعد شيء من ذلك فلا يتصل بالإيجاب عند الشافعية.

(١) يقول صاحب العناية «ولأن في إبطال الإيجاب قبل انقضاء المجلس عسراً بالمشتري وفي إبقائه في ما وراء المجلس عسراً بالبائع، وفي التوقف بالمجلس سر بهما، والمجلس للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعة للعسر وتحقيقاً للسر. ويقول صاحب البدائع «القياس يقضي أن لا يتأخر أحد شطري العقد عن الآخر كي يصدر الثاني قبل انعدام الأول إلا أن اعتبار ذلك يؤدي إلي تسداد باب التعاقد فاعتبر المجلس جامعاً للشرطين حكماً للضرورة وحق الضرورة يقدر باتحاد المجلس فإذا اختلف رالت الضرورة، وعند الشافعي لا بد من الفورية مع هذا» راجع

العناية علي فتح القدير ج ٥ ص ٧٨، و البدائع ج ٥ ص ١٣٧

(٢) نهاية المحتاج ج ٣ ص ٨.

غير أنهم أثبتوا له ما سموه خيار المجلس^(١) كي لا يضار من فورية إظهار الرأي قبل التروي فيحق له بمقتضي هذا الخيار الرجوع في قبوله قبل انقضاء المجلس، ويشترط أن يكون العقد من عقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة. ويعتبر هذا فسخاً للعقد، أما إذا انقض المجلس قبل رجوعه أو كان العقد ليس معاوضة مالية، وإنما كان عقد رواج مثلاً فإن العقد يكون لازماً ولا يصح الرجوع في القبول، وحكموا العرف فيما يعتبر تفرقاً منهياً للمجلس أولاً.

ويستند الشافعي إلى ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»، وبذا يستطيع كل من طرفي العقد أن يدبر الأمر ويوازن بين مصلحته في إتمام العقد أو فسخه، ومن هذا ترى أن عقود المعاوضات لا تكون لازمة عندهم إلا بانتهاء مجلس العقد، فمادام مجلس العقد قائماً ولم يظهر رغبته في إقرار العقد أو فسخه فإن من حق كل من المتعاقدين الرجوع فيه^(٢).

لكن فقهاء الأحناف رأوا أن الفورية وإن كان القياس يقتضيها، إلا أن مصالح الناس وتيسير التعامل عليهم، يقتضي أن يترك صاحب القبول حراً مادام مجلس العقد قائماً، لأن المجلس سيعتبر بقاؤه دليلاً على بقاء مدلول الإيجاب وهو الإرادة فإذا صدر الإيجاب من صاحبه كان للآخر كما يقول الأحناف حق خيار القبول. وقالوا إنه لو لم يثبت للقابل الخيار ألزمه حكم البيع من غير تحقق رضاه^(٣). وقالوا إن هذا هو المقصود من حديث «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا».

وفيما ذهب إليه الأحناف توسعة وتيسير على الناس في معاملاتهم، إذ لم يقصروا حرية التفكير والتروي على من يصدر منه القبول فقط بل أعطوه لطرفي

(١) خيار المجلس هو ما يثبت لأحد المتعاقدين في عقود المعاوضات المالية حق فسخ العقد أو إمضائه في مجلس العقد قبل أن يفترقا من غير اشتراط وهو غير خيار الشرط الذي لا يثبت إلا باشتراطه في العقد وهو محل اتفاق سيأتي بيانه.

(٢) المغني ج ٣ ص ٥٦٢/٥٦٤ «هذا ما يراه الإمام أحمد. أما الشافعية فيرون أن هذا العقد يصح لازماً بهذا أو بالاختيار نفسه».

(٣) وفي الهداية ج ٣ ص ١٧ إذا أوجب أحد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار إن شاء قبل في المجلس وإن شاء رده مادام لم يصدر من صاحب الإيجاب ما يدل على تغير إرادته في المجلس. فإن الإيجاب - فيما أرى - يجب أن يعتبر قائماً استصحاباً للأصل وإبقاء للشئ على ما هو عليه حتى يقوم الدليل على نقيضه. وفي حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٢ أن الإمام مالكاً يثبت خيار القبول نفلاً عن الفتح. لكن الذي في الفتح ج ٥ ص ١٢ لا يدل على هذا ونصه: «وما قيل من أن حديث «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا» رواه مالك ولم يعمل به فلو كان المراد به خيار القبول لعمل به فغاية في الضعف إذ ترك العمل به ليس حجة على مجتهد غيره».

العقد، فمن حق صاحب الإيجاب أن يرجع في إيجابه مادام لم يتصل به قبول الآخر لخلوه عن إبطال حق الغير^(١). ولا ضرر في هذا لأن المجلس يعتبر وحدة، بل لا معني للإلزام بالفورية ثم عدم الالتزام بالعقد أثناء مجلس العقد، وعلي هذا فبمجرد اتصال القبول بالإيجاب عندهم يتم العقد ولا يملك أحدهما أن ينفرد بفسخ البيع أو الإجارة مثلاً. يقول صاحب المحيط البرهاني^(٢) «لو قال المشتري اشتريت منك هذا العبد بكذا فقال البائع بعت فقال المشتري لا أريده فليس له ذلك لأن الشراء قد تم بينهما قبل قول المشتري لا أريده».

ويعتبر المجلس متتهياً عندهم إذا رجع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول، أو قام أحدهما عن المجلس قبل القبول، أو حدث ما يدل علي الإعراض من الاشتغال بعمل آخر، أو الانتقال إلي حديث آخر. فهم يلتزمون بالمجلس الحقيقي، ولا يأخذون باتحاد المجلس للحكمي إلا للضرورة^(٣). ومع هذا فمنهم من اعتبر اتحاد المجلس، سواء أكان حقيقياً أم حكماً ينعقد معه العقد فيجيزونه بين ماشيين ولا يعتبرون القيام بعد قعود والعكس منهياً للمجلس^(٤).

(١) الهداية ج ٣ ص ١٧.

(٢) ج ٩ ص ٩٣.

(٣) فقالوا إذا شرب أو أكل أو أتم صلاة بعد سماع الإيجاب لا يعتبر إعراضاً غير أنه في ظاهر الرواية ما يفيد أنهما إذا تبايعا وهما يمشيان أو يركبان شيئاً متفرقاً أو متحداً لا ينعقد بينهما عقد لأن المجلس تبذل بالمشي والسير، وأجاروا العقد بين راكبي السفينة لأنهما لا يملكان وقفها، وعلي رأيهم فإنه يقاس عليها كل مالا يملك المتعاقد وقفه من السير أو كما يقولون مالم يكن جريانه مضافاً إليه كالتعاقد بين راكبي الطائرة والقطار والسيارة العامة وما شابه ذلك، راجع فتح القدير ج ٥ ص ٧٨ - ٨٠، والبدائع ج ٥ ص ١٢٧، والدر المختار ج ٤ ص ٢٠.

(٤) وفي الفتح ج ٥ ص ٨٨ «قال شيخ الإسلام في شرح الجامع إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح وإليه أشير في جميع التقارير. وفي العقد بين ماشيين اختار الطحاوي وغيره أنه إن أجاب علي الفور جار، وفي الخلاصة عن النوازل: إذا أجاب بعد ما مشى خطوة أو خطوتين جار. وقيل يجوز في الماشيين ما لم يفترقا بذاتهما» وهذا يدل علي اعتبارهم المجلس حقيقة وحكماً، ويبعدهم كل البعد عن الناحية الشكلية.

والحنابلة مع الأحناف في خيار القبول، ولم يذهبوا مذهب الشافعي في الفورية، إلا أنهم مع هذا قرروا للمتعاقدين خيار المجلس - في غير عقود الزواج والطلاق والإعتاق علي مال وأمثال ذلك - وأن يبقى لهما هذا الحق حتي يتفرقا، واستندوا أيضاً إلي حديث «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»^(١)، وقالوا إن المرجع في معرفة ما يعتبر تفرقاً للخيار، وملزماً للعقد هو العرف، لأن الحديث علق علي التفرق ولم يبينه فيدل هذا علي ترك بيانه للعرف.

ويرون أن الخيار نفسه لا يطل إلا بالتفرق، والاختيار نفسه لا يسقط الحق مادام المجلس قائماً خلافاً للشافعي وقد سبق، فلو عدل عن قبوله أو إيجابه في الآخر ثم غير رأيه مرة أخرى فله ذلك مادام المجلس قائماً ولم يعدل الطرف الآخر^(٢).

أما الإمام مالك فإنه لا يري الفورية ولا خيار المجلس^(٣) ولا خيار الرجوع أيضاً، وذلك لأنه يري أن الموجب يكون ملتزماً بإيجابه حتي يتصل به قبول الآخر فلا يملك أن يرجع فيه مادام المجلس قائماً ولم يحدث ما يدل علي الإعراض، ومنهم من لا يري الاشتغال بكلام آخر أو عمل آخر منهياً للمجلس، وإنما يحكمون العرف فيما يعتبر إعراضاً أو إنهاء للمجلس^(٤).

لقد جنح القانون المصري الجديد إلي عدم الفورية، وعدم الالتزام بالإيجاب قبل صدور القبول، وهو بهذا إنما يجنح ناحية المذهب الحنفي غير أن القانون تعرض

(١) وجاء في كتاب تكملة المجموع للسبكي ج ١٣ ص ١١٤ وحديث حكيم بن حزام الثابت في الصحيحين عن النبي ﷺ قال : «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما».

(٢) راجع المغني ج ٢ ص ٥٦٥ - ٥٦٨.

(٣) راجع حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٢ والفتح ج ٥ ص ٨٢ وماسبق.

(٤) مواهب الجليل للحطاب ج ٤ ص ٢٤٠.

لمسألة أخرى وهي ما إذا التزم الموجب بالإيجاب لفترة معينة فلا يصح له الرجوع فيه^(١).

رجوع الموجب قبل القبول:

يرى الاحناف ومن معهم أنه إذا رجع الموجب في إيجابه في مجلس العقد قبل قبول الآخر فإن هذا مبطل للإيجاب، سواء رجع عنه صراحة أم دلالة - بأن أعرض عنه إلى حديث آخر - ويسمون هذا بخيار الرجوع، لأنهما ما داما في المجلس، ولم يصدر من الآخر ما يدل على القبول أو الرقص فالتزام صاحب الإيجاب لم يتصل به قبول، فمن حقه أن يعدل عنه قبل أن يتعلق به حق الغير محافظة على حريته الأصلية في تصرفاته، ولأن حق الآخر لم يثبت بعد، فالموجب برجوعه لم يطل حق أحد، والإيجاب لا يكون ملزماً إلا إذا اتصل به القبول في المجلس، ولأنه إذا انصرف صاحب الإيجاب من المجلس قبل أن يصدر القبول لارتفع الإيجاب فمادام هو يملك إنهاء المجلس وبإنتهائه يرتفع الإيجاب فهو يملك الرجوع عنه ورفع صراحته، لكن الغالب في الفقه المالكي أن الإيجاب ملزم لصاحبه حتى يلتقي به القبول في المجلس فلا يحق للموجب أن يرجع عن إيجابه في المجلس قبل القبول^(٢).

(١) جاء في الفقرة الأولى من المادة ٩٤ : «إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد دون أن يعين ميعاداً للقبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً...».

والفقرة الثانية «ومع ذلك يتم العقد لو لم يصدر القبول فوراً إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن يتغض مجلس العقد».

وفي المذكرة التفسيرية «وقد أخذ المشرع في هذه الصورة عن الفقه الحنفي قاعدة حكمية تنص على أن العقد يتم ولو لم يحصل القبول فور الوقت إذا لم يصدر قبل اقتراف المتعاقدين ما يفيد عدول الموجب عن إيجابه في الفترة التي بين الإيجاب والقبول، وقد روى من المقيد أن يأخذ المشرع في هذه الحدود بنظر الشريعة الإسلامية في اتحاد مجلس العقد».

وقد أفاض الدكتور السهوري في كتابه الوسيط ص ٣٠٣ - ٣١٥ في تحييد الأخذ بنظرية الفقه الحنفي، وترك نظرية القوانين الحديثة المتمشية مع الفقه الشافعي في اشتراط الفورية لاتصال القبول بالإيجاب، غير أن سيادته أسند اشتراط الفورية للفقه المالكي وهي كما علمت نظرية الفقه الشافعي. هذا ولعل ما رواه الخطاط الفقيه المالكي في كتابه «المواهب» «من أن شخصاً مسافراً كتب وثيقة بيع شيء عنه لزوجه وهي في مكان بعيد عنه وقد قبل القاضي منه ذلك»، ينطبق على ما تعرضت له المادة من تعيين ميعاد يلتزم به البائع لقبول الآخر. ولنا أن نقول إن في الفقه الإسلامي ما يسمى اشتراط خيار الشرط. فإذا باع شخص واشترط المشتري لنفسه خيار الشرط مدة كذا فالأول قد التزم بالعقد والآخر ما زال يملك الفسخ وعدمه رغم أنه قبل الإيجاب.

(١) راجع فتح القدير ج ٥ ص ٧٨ «لأن الثابت للآخر بعد الإيجاب حق التملك والموجب هو الذي أثبت له هذه الولاية على أن له أن يرفعه كعزل الوكيل. كما أن حق التملك لا يعارض حقيقة الملك». وراجع حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٢١ «الإيجاب يطل بما يدل على الإعراض ورجوع الموجب عنه قبل القبول وكذا معه فلو رجع الموجب في اللحظة التي صدر فيها القبول كان الرجوع أولى» وراجع البدائع ج ٥ ص ١٣٤ «وله خيار الرجوع لأن أحد الشطرين لو لزم قبل وجود الآخر لكان صاحبه مجبوراً على ذلك الشطر وهذا لا يجوز، وراجع مواهب الجليل للخطاب ج ٥ ص ٢٤١ «ولو رجع الموجب قبل إيجاب الآخر لم يفذه هذا إذا قبل الآخر في المجلس».

وقد ظهر مما سبق أن الشافعية يرون الفورية فلا مجال لرجوع الموجب منهما قبل قبول الآخر. وإن كانت عقود المعاوضة عندهم لا تأخذ صفة اللزوم إلا بعد انتهاء المجلس. وأما أحمد بن حنبل فإنه وإن كان لا يرى الفورية فإنه يرى خيار المجلس. أى أن عقد المعاوضة لا يلزم إلا بعد انتهاء المجلس، فمن حق صاحب الإيجاب أن يرجع عن إيجابه بناء على ذلك. والقانون فى المادة ٩٤ مع الانحاف فى هذا .

خروج الموجب عن أهليته قبل القبول:

إذا صدر الإيجاب صحيحاً وقد فهمه الآخر وسمعه، وقبل القبول أو الإعراض خرج الموجب عن أهلية التعاقد فى المجلس بأن مات أو جن، فإذا صدر القبول بعد ذلك فإنه لا يتصل بالإيجاب ولا يتعقد به العقد، إذ الإيجاب قد زال بزوال صاحبه أو موته أو لفقده أهليته. وقد قلنا إن الإيجاب معبر عن الإرادة الخفية، والاساس فى التعاقد إنما هو الإرادة، وهى هنا قد انعدمت بخروج صاحبها عن أهليته، وقد تم ذلك قبل اتصاله بالقبول وقبل انعقاد العقد فلا محل لهذا القبول عندهم، إذ من الجائز لو بقى الموجب على طبيعته لرجع عن إيجابه قبل قبول الآخر، ولأنه يجب لتحقيق ارتباط القبول بالإيجاب أن يفهم كل منهما عبارة الآخر، وهنا قد تحقق عدم علم الموجب وفهمه عبارة القابل. ولأنه قد اشترط لتحقيق اتصال القبول بالإيجاب اتحاد المجلس، وقلنا إن الانحاف يرون أن خروج أحدهما من غرفة إلى أخرى أو حدث ما يدل على الإعراض ينتهى به المجلس. فذهاب حياة الموجب أو عقله يكون منهياً له بالأولى .

هذا ما رأيناه دليلاً لما قاله الفقهاء، أما المادة ٩٣ من القانون : « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة، أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه. هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو طبيعة التعامل، وقد فرق شراح القانون بين الإيجاب الموجود فعلاً والموجود قانوناً، ثم بين الإيجاب الملزم والإيجاب غير الملزم.

الحقوق المتحددة ١ يشترط فيما اتعاهد المجلس،

هناك من العقود ما يحتاج إلى قبول، ويستحيل أن يكون هذا القبول في مجلس الإيجاب معتبراً، ولا بد لاعتباره واتصاله بالإيجاب منه ظهوره في غير مجلس العقد، كما في عقد الوصية، فإن قبول الموصى له لا يعتبر، ولا أثر له إلا إذا صدر بعد موت الموصى مصرراً على وصيته، إذ لا يظهر أثر الوصية وتكون في حاجة إلى قبول الموصى له إلا بعد وفاة الموصى.

وفي عقد الوكالة يجوز أن يكون قبول الوكيل في غير مجلس العقد كما يجوز أن يكون في مجلس العقد، وكذا الإيصاء، فإن التوكيل والإيصاء يصحان في غيبة الوكيل والوصى المعين، وإن تطلب تمام عقد الوكالة والإيصاء قبولهما فإنه يصح هذا القبول في غير مجلس العقد، وعلى كل فهذه غير عقود المعاوضات، ولذا تمهدهم يقولون إن الأساس لاعتقاد هذه العقود ليس هو القبول وإنما هو تحقق عدم الرد.

التعاقد «بالتليفون» المسرة أو الرسائل،

إذا تم الإيجاب بواسطة آلة التليفون، كانت المحادثة التليفونية مجلس عقد، وعلى ما أرى أن الفقهاء في الواقع لم تكن نظرتهم لمجلس العقد بأنه نفس المكان الذي يجتمعان فيه، وإنما يقصدون به أن يسمع كل منهما كلام الآخر من غير فارق زمنى^(١). فيأخذ العقد بين متحادثين في «المسرة» تبعاً لما تقدم حكم العقد بينهما في مكان واحد. فيكون قياساً على ما يراه الأحناف أن يعتبر الإيجاب قائماً ما

(١) وإليك ما نقله الكمال ابن الهمام في الفتح ج ٥ ص ٧٨ «إذا قام البائع ولم يذهب من ذلك المكان ثم قبل المشتري صح». إلى أن قال «وفي الخلاصة عن النوازل إذا أجاب بعد ما مشى خطوة أو خطوتين جاز، وقيل يجوز بين الماشيين ما لم يفترقا بذاتيهما، ومنهم من يفسر التفرق بأن يبعد أحدهما عن الآخر بحيث لا يسمع كلامه الذي يتكلم به في العادة»

دامت المحادثة التليفونية قائمة، وإلا إذا عاد الموجب في إيجابه أو ظهر منه ما يدل على الإعراض، وإن كان لم يرد نص فقهي بذلك.

والقانون في المادة ٩٤ «وإذا صدر الإيجاب في مجلس العقد دون أن يعين ميعاداً للقبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً. وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل» واعتبره رجال القانون مجلس عقد حكماً^(١).

أما إذا كان التعاقد بين المتعاقدين بطريق الرسائل أو الرسول فلإن مجلس قراءة الرسالة أو علمه بما فيها أو تبليغ الرسول هو المجلس الذى يعتبره الفقهاء مجلس التعاقد إذ فيه اتصل القبول بالإيجاب. ويسمى مجلس العلم ولا عبارة بمجلس الإرسال والكتابة، ويعتبر تبليغ الرسول كتبليغ المرسل وكذا قراءة الرسالة. وقالوا إن مجلس الإخبار يعتبر مجلس عقد وبمجرد تمام القبول تم العقد وانعقد^(٢). لكن القانون في المادة ٩٧ «يعتبر التعاقد ما بين الغائبين فى المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك».

وتنص الفقرة الثانية «على أن يفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول»^(٣).

فإذا بلغ الرسول الرسالة فأعرض المرسل إليه، أو حدث منه ما أنهى المجلس ثم قبل فلا ينعقد العقد بهذا الإيجاب لانتهاء المجلس، لكن إذا بلغ الرسول الإيجاب فقبل المرسل إليه، تم اتصال القبول بالإيجاب. أما إذا بلغ الرسول

(١) الوسيط ص ٢٢٤.

(٢) فى الهداية جـ ٣ ص ١٧ : الكتاب كالحطاب وكذا الإرسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب وأداء الرسالة.

(٣) وقد تكلم الدكتور السهورى فى ذلك كثيرًا وأبان المذاهب والآراء الواردة فى هذا الموضوع وقال أخيراً إن القانون الجديد لم يزد على أن طبق المبدأ الأساسى من أن الإرادة لا تنتج أثرها فى الوقت الذى اتصل فيه بعلم من وجهت إليه «وعلى كل فالمسألة محل نظر : الوسيط ص ١٣٢ - ٤٩».

الرسالة وترك المجلس قبل أن يجيب الآخر أو يظهر منه ما يدل على الإعراض ثم قبل المرسل إليه فإن القبول يكون قد اتصل بالإيجاب، لأن مهمة الرسول ليست بإبطال الإيجاب، وإنما هي إنشاء العقد.

وإذا كان التبليغ برسالة فالإيجاب قائم بقيام الرسالة. ولكن بعض الفقهاء يرون أن القبول يجب أن يكون في مجلس القراءة فإذا قرأها ثم قام بعمل شيء آخر فلا بد ليتصل القبول بالإيجاب عندهم أن يعيد قراءتها لأن الإيجاب يبقى قائماً بقيام الرسالة وهذا فيما أرى تقيد بالشكليات.

وكذلك يصح رجوع الكاتب والمرسل عن الإيجاب الذي كتبه وأرسله قبل بلوغه للآخر وقبوله، سواء علم الآخر أو لم يعلم، حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتصل القبول بالإيجاب، لأن القابل لم يتعلق حقه بالإيجاب إلا إذا اتصل به القبول^(١) كما هو رأى الأحناف على ما بينا قبل.

ولنا أن تناقض القول المنسوب للأحناف باعتبارهم مجلس العلم بالرسالة مجلس العقد، ولو كان الأحناف صرحوا بأن مجلس علم صاحب الإيجاب بالقبول هو الذي يعتبر مجلس عقد لكان أدق وانطبق مع ما قالوه من اشتراط سماع كل منهما عبارة الآخر حقيقة أو حكماً^(٢) وعلى ما نراه يكون للقابل أيضاً الحق

(١) فتح القدير ج ٥ ص ٧٩، البدائع ج ٥ ص ١٣٨، الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ج ٤ ص ١١.

(٢) نقل الدكتور محمد وحيد سوار في رسالة التعبير عن الإرادة ص ١١٨ - ١٢٣ عدة نقول عن الأحناف في الموضوع وفهم منها جازماً أن الأحناف يعتبرون مجلس علم القابل بالإيجاب هو المجلس الذي يتم معه العقد - وقد ناقشنا في هذا في جلسة المناقشة والحكم على الرسالة وأنا تشير إلى هذه النقول وحقيقة ما تفيد.

ففي حاشية يعقوب علي شرح الوقاية مخطوط ص ٥١ «وشرط سماع كل من المتعاقدين عبارة الآخر حقيقة أو حكماً، لأن الكتاب كالحطاب» وفي ذخيرة المعقب شرح صدر الشريعة لأخي جلي ص ٩١ «وشرط سماع كل واحد منهما لفظ الآخر حقيقة أو حكماً» وفي نقد الدر لمصطفى الوافي مخطوط ص ٩٢ «وشرط سماع كل منهما لفظ الآخر حقيقة أو حكماً... لأن الكتاب كالحطاب عند الغيبة»، وفي مجمع الأنهر ج ١ ص ٣٢٠ «وشرط لصحة النكاح سماع كل من»

فى الرجوع عن قبوله قبل علم الموجب بالقبول ولا ضمير على الموجب فى هذا ما دام لم يعلم بشيء من قبل .

- العاقدین لفظ الآخر حقيقة أو حكماً وفى رد المحتار جـ ٢ ص ٢٧ «قوله سماع كل : ولو حكماً كالكتاب إلى أغائب» وفى التحرير المختار لرد المحتار للشيخ عبد القادر الرافعى جـ ١ ص ١٨٠ استظهار ما يؤيد ما فهمه صاحب الرسالة . فجميع هذه النقول عدا الأخير جاءت مصدرة بقاعدة صريحة فى وجوب سماع كل من المتعاقدين عبارة الآخر حقيقة أو حكماً وقد مثلوا للسماع الحكمى بالكتاب إلى الغائب . وقالوا لأن «الكتاب كالخطاب» وقالوا «لأن قراءته قائمة مقام الخطاب» وكانت مهمة التمثيل مجرد التصوير لا الاستقصاء اكتفاء بأصل القاعدة «وجوب سماع كل منهما عبارة الأخيرة حقيقة أو حكماً» .

والذى فهمناه وقلناه فى كتابنا الفقه الإسلامى سنة ١٩٥٤ قاله أيضاً الأستاذ مصطفى الزرقا فى كتابه الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ص ٣١٤ «والرأى الفقهي فى الإيجاب والقبول بالكتابة بين غائبين أن حكمهما يبدأ عقب وصول الكتاب وقراءته» وقد وقف الدكتور السهورى من ذلك فى كتابه مصادر الحق جـ ٣ ص ٥٧ موقف الحبيطة فى إبداء الرأى وقال إن ظاهر النصوص يشير إلى أن العقد بين الغائبين يتم بإعلان القبول دون توقف على علم الموجب به، وأن الفقهاء لم يواجهوا وجوب علم الموجب بقبول القابل للغائب مواجهة صريحة» .

لكن الدكتور محمد سوار يقول فى ص ١١٨ «إن الفقهاء يجمعون على أن العقد بين غائبين يتعقد بمجرد القبول» ويقول فى ص ١٢٣ «وواضح مما أثبتناه فى المتن أن الإجماع فى الفقه الإسلامى على أن العبارة فى حالة القبول تنتج أثرها عند صدورهما لا عقب وصولها» ولا سند لهذا الإجماع المدعى إلا استظهار الرافعى فقط إذ النقول الأخرى لا تنفيه على ما بينا ولعل سيادته فى فهمه وجزمه كان متأثراً بالتقنين السورى الذى اكتفى لانعقاد العقد بين الغائبين بمجرد إعلان القبول دون توقف على علم صاحب الإيجاب به المادة ٩٨ .

المبحث الثانى

صيغة العقد وموافقتهما للإرادة وأثره

العبارة والإرادة،

قال جمهور الفقهاء إن المقدم ما يتم به الارتباط بين إرادتين ينتج التزاماً بينهما، كما قالوا إن الأساس فى العقود هو إرادة المتعاقدين فى الواقع، وهى أمر خفى لا تعرف إلا بما يظهرها من لفظ أو ما يقوم مقامه مما يكون الإيجاب والقبول ويطلق عليه صيغة العقد؛ ولذا لا تصلح الإرادة وحدها أن تكون مناطاً للأحكام رغم أنها أساس العقد لأنها أمر خفى، ولا مظهر له إلا الصيغة الدالة عليها والتى هى مظهر الحكم.

وأظهار الإرادة بالعبارة أو ما يقوم مقامها ليس مجرد دليل للإثبات وإنما هو عنصر مقوم وجزء جوهري لا يتفصم عن مجموع الظروف التى تتألف منها التصرفات القانونية فهو ليس إعلاناً عن تصرف موجود، وإنما هو ذو قيمة خاصة^(١).

وعلى هذا لو عزم شخص فى نفسه على الشراء أو الزواج أو الطلاق أو الوقف دون أن يظهر هذه الرغبة الخفية أو هذا العزم الباطنى بصيغة تدل على مكنون النفس، أو يظهرها بكتابة أو إشارة فلا يلتزم بشئ من ذلك قضاء إذ لا يمكن معرفته إلا بما يظهره لقول الرسول «إن الله تجاوز عن أمتى ما وسوست به صدورهما ما لم تعمل أو تتكلم»^(٢).

(١) التعبير عن الإرادة للدكتور محمد وحيد سوار ص ٤٤ - ٤٩.

(٢) وفى شرح العيني على البخارى ج ١٣ ص ٨٨ «أن ابن العربى ذهب إلى أن المراد بالكلام المقصود فى الحديث هو الكلام النفسى إذ هو الكلام الأصلى إذ القول الحقيقى هو الموجود بالقلب الموافق للعلم فيقع الطلاق بمجرد العزم دون أن يتلفظ به صاحبه وحكاة عن رواية أشهب عن مالك فى الطلاق والعق والنذر، واستدل لذلك بأن اللسان معبر عما فى القلب فما كان يملكه الواحد كالطلاق والعق والنذر كفى فيه العزم، وما كان من التصرفات بين اثنين لم يكن بد من»

ويقول السرخسي^(١)، «وإن ما يكون بالقلب فهو نية، والنية بدون العمل لا تثبت الفسخ ولا الإجارة كما لا يتعقد بها أصل العقد» ويقول ابن القيم^(٢) «لم يرتب الشارع أحكاماً على مجرد ما في النفس من غير دلالة قول أو فعل . . . ولو رتب عليها الأحكام لكان في ذلك أعظم حرج ومشقة على الأمة، وعلى هذا درج القانون»^(٣).

على أن العبارة إنما تكون مناط الأحكام ما دامت تطابق الإرادة لأنها المظهرة لها والكاشفة عنها^(٤).

أما إذا اختلفت العبارة عن الإرادة فإن الأمر يختلف إذ نكون على حد التعبير القانوني بين نظرتين: الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة، وهذا ما سنتناوله في المبحث التالي.

= ظهور القول ، وقد ردوا عليه بأن الزوج إذا عزم على الظهار لم يلزمه إجماعاً ما لم يظهر هذا العزم، وأن من حدث نفسه بالقلب لم يكن قاذفاً، ومن حدث نفسه وهو يصلي كانت صلاته مجزئة وسقط عنه الواجب ولو كان المراد بالكلام كلام النفس لثم الظهار وتحقق القلب وفسدت الصلاة، وكذلك فإنه جاء في شرح الخطاب ج٤ ص ١٠١ «إن الرجعة تصبح بمجرد النية والعزم» وقد أشار إلى هذا الدكتور محمد وحيد سوار في رسالة التعبير عن الإرادة ص ٣٧ - ٣٨.

(١) المبسوط ج ١٣ ص ٤٦، وراجع أيضاً البدائع ج ٣ من ١٦١، ابن عابدين ج ٤ ص ١٣، الشرح الكبير ج ٢ ص ٣٨٥ الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٤٠.

(٢) إعلام الموقعين ج ٣ ص ٩٢ / ٩٣.

(٣) تنص الفقرة الأولى من المادة ٩٠ «التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً. كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود» ويقول الدكتور حشمت أبو ستيت في كتابه نظرية الالتزام. مصادر الالتزام ص ٢٣ «على أن الإرادة حتى لو انجذبت إلى إحداث أثر قانوني لا يمكن أن يعنى بها القانون ما بقيت عزمًا منعقدًا وإنما هو معنى بها متى برزت إلى العالم الخارجي وعلم بها غير صاحبها وهذا إنما يتحقق بالتعبير عنها».

(٤) يقول ابن القيم في إعلام الموقعين ج ٣ ص ٩٣ «إن الله رتب على الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتبها على مجرد ما في النفوس من غير دلالة قول أو فعل، ولا على مجرد الألفاظ مع العلم بأن التكلم لم يرد معانيها ولم يحط بها علمًا».

صيغة العقد:

الصيغة هي ما تظهر الإرادة من لفظ^(١) أو ما يقوم مقامه، أو هي مجموع قول البائع مثلا بعث هذه السيارة بألف جنيه وقول المشتري قبلت، أو قول الملتزم أوصيت بكذا أو أوقفت كذا. أو طلقت زوجتى، وهكذا بالنسبة لسائر العقود والالتزامات.

ولابد أن تكون الصيغة واضحة وقاطعة دون شك وليست مجرد عدة بالتزام أو مساومة وإلا كانت نية الارتباط متفية إذ التردد يكون فى حكم الرفض، ولذا فإن الفقهاء يقولون أن مجرد الوعد بالبيع لا يتم معه عقد ولو قبل الطرف الآخر قبولاً باتاً، ولا يلتزم به صاحبه قضاء.

هذا وقد تكون الصيغة باللفظ، كما تكون بالكتابة أو بالإشارة أو بالأفعال، أى بكل ما يظهر الإرادة ويكشفها على تفاوت بين العقود فى هذا، واختلاف بين آراء الفقهاء وإليك بيانه.

الألفاظ ولغة التعاقد:

العبارة اللفظية هي الأصل فى كشف المقاصد وإظهار الرغبات، وهى الطريق الطبيعى للتفاهم بين الناس، ولذا كان الأصل فى التعاقد هو عبارة المتعاقدين إذ المعانى التى فى النفس لا تنضبط إلا بالألفاظ التى جعلت لإبانة ما فى القلب إذ الأفعال من المعاطاة ونحوها تحتمل وجوها كثيرة^(٢).

وينعقد العقد بلغة التخاطب المفهومة لدى المتعاقدين مباشرة أو بالوساطة اللفظية الدالة على إرادة كل منهما دلالة واضحة على نوع العقد الذى يرغبان فى انعقاده، إذ العقود مختلفة من ناحية موضعها وغايتها فلا يمكن إلزامهما إلا بما وضحت رغبتهما فى التزامه.

(١) اللفظ هو الصوت المشتمل على بعض الحروف ويصدره الإنسان.

(٢) القواعد النورانية الفقهية ص ١٠٤ - ١١٥ .

ففى المبادلات المالية يجب أن يستعمل مثلاً لفظ البيع أو أى لفظ يفيد معنى تمليك الأعيان بعوض، وفى المبادلة على المنفعة يجب استعمال لفظ يفيد ذلك كالإجارة، فلا فرق بين أن يكون اللفظ قد استعمل فى حقيقته اللفوية أو استعمل مجازياً ما دام المقصود واضحاً^(١). هذا هو الأصل بالنسبة للعبارة فى كل العقود والالتزامات من بيع وإجارة ورهن وهبة ووديعة وقرض وعارية ووقف وغير ذلك فإنها تتم بأى لغة^(٢) يفهمها المتعاقدان، ويستوى فى ذلك أى لفظ ما دام يفى بالغرض عن الإرادة^(٣)، وأدل لفظ على

(١) أما إذا كان اللفظ المستعمل فى الإيجاب يحتمل أحد عقدين وجب حمله على الأدنى التزاماً أخذاً بالاحوط والأيمن إذ لا يسوغ الإلزام بما لم يتحقق القصد لالتزامه فلو قال إنسان لآخر حملتك على هذه الدابة أو أعتك بهذا المبلغ، أو خذ هذا الكتاب كان إعارة فى الدابة والكتاب أو وديعة فيه وقرضاً فى المبلغ حملاً على أدنى احتمال للفظ إلا إذا قامت قرينة على قصد الهبة - الدر المختار جده أشار إليه الأستاذ الرزقا فى كتاب الفقه الإسلامى فى توبه الجليل ج ١ ص ٣٠٥ .

(٢) خلافاً للإمامية الاثنى عشرية فإنهم يشترطون لصحة عقود المسلم إذا كانت صيغة العقد لفظية أن تكون باللغة العربية ما دام المتعاقدان يعرفانها.

(٣) الفتح جده ص ٧٦ فى أن الأحناف يقولون فى عقد الزواج إنه يتم بأى لفظ يدل على تمليك الأعيان فى الحال بعوض أو بغير عوض ما دام يفيد الدوام ولا يفيد التوقيت أو الإباحة، إذ العبارة عندهم بالمعنى لا بالألفاظ والمباني، كما أجازه المالكية والحنابلة بلفظ الهبة ويرى الآخرون أنه لما فى عقد الزواج من معنى التعبد يجب لاعتقاده استعمال لفظى تكسح، وروج وما يشتق منها لمن يعرف اللغة العربية، أما بالنسبة لمن لا يعرف اللغة العربية فيتم العقد بالعبارة التى تؤدى الغرض المقصود وتتج هذا المعنى وإلا فلا ينمقد، واستدلوا على وجهة نظرهم بأن الزواج لم يذكر فى القرآن إلا بهذين اللفظين وما يشتق منهما. راجع مواهب الجليل ج ٣ ص ٤٢٠ كشف القناع ج ٣ ص ١٩ المغنى ج ٦ ص ٥٣٣ وما بعدها إذ يقول : « لو قال زوجتك ابنتى فقال قبلت انعقد النكاح » وقال الشافعى فى أحد قولين لا ينمقد حتى يقول قبلت هذا النكاح . . . ثم يقول وينمقد بلفظ الإنكاح والتزويج سواء اتفقا من الجانبين أم اختلفا دون غيرهما وهو قول الشافعى وعند الآخرين ينمقد بذلك إذا ذكر المهر، ثم يقول : ومن قدر على لفظ النكاح بالعربية لم يصح بغيرها، وهذا أحد قول الشافعى، وعند أبى حنيفة ينمقد لأنه أتى بلفظه الخاص .

ورد الأحناف عليهم بأن الزواج فى القرآن بغير هذين اللفظين وما يشتق منهما، قال تعالى فى سورة الأحزاب « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين » فغير من الزواج بلفظ الهبة، والذى اختص به الرسول ﷺ هو زواجها به من غير مهر راجع فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٧ والمغنى ج ٦ ص ٥٣٢ وأما قولهم إن عقد الزواج فيه معنى التعبد فإن التصديق والإعتاق أظهر فى التعبد من الزواج ولا خلاف فى جوازهما بأى لفظ يظهر هذه الرغبة، ولأن العبارة لم تكن إلا لإظهار هذه الإرادة وإبرائها فى الخارج ليتعرفها الآخر ويتم هذا بأى لغة ما دام اللفظ قاطعاً فى الدلالة على المعنى المراد ومفهوما لدى المتعاقدين .

إنشاء العقد^(١) هو الفعل الماضي لأنه يكون قاطعاً في الدلالة على تمام الإرادة والرغبة لا مجرد الوعد، وإن كان يتعقد بالجملة الاسمية وحرف الجواب والمضارع والأمر إن أريد بهما الحال وانصرفا عن حدوث الشيء في المستقبل فتقول بعث، واشتريت، كما تقول أنا بائع ويعني وأبيعك. وإن كان في الكلام ما يدل على إرادة البيع في الحال لا في الاستقبال، وهكذا بالنسبة لسائر العقود، غير أن بعض فقهاء الأحناف في كتاباتهم يتجهون إلى عدم صلاحية فعل الأمر مطلقاً في عقود المعاوضات التي هي محل للمساومات، وصلاحيتها في غيرها. فيمنعون البيع بلفظ بعني ويجيزون الزواج بلفظ زوجني، ويعملون ذلك بأن صيغة الأمر غير قاطعة في الدلالة على إنشاء العقد فعلاً، وخصوصاً أن المعاوضات تحتل المساومة^(٢).

التعاقد بالكتابة :

ويجوز التعاقد بالكتابة لأنها السبيل الثاني الذي يقطع في الدلالة على الإرادة، سواء أكان المتعاقدان يقدران على التلفظ أم يعجزان معاً، أم أحدهما، وسواء أكانا في مجلس واحد^(٣) أم كان التعاقد بين حاضر وغائب ما دامت الكتابة

(١) البدائع ج ٥ ص ١٢٣، الدر المختار ج ٤ ص ١٠ وما بعدها وج ٢ ص ٢٨٥ وما بعدها، الفتح والعناية بهامشه ج ٥ ص ٧٤، ج ٣ ص ٢٤٥ وما بعدها، الميسر ج ١٢ ص ١٠٨، ١٠٩، المعنى ج ٣ ص ٥٦٠ وراجع تفصيل الموضوع في التعبير عن الإرادة للدكتور محمد وحيد سوار من ٣٠٥ - ٣٦٩.

(٢) يقول صاحب الميسر «يتعقد البيع بلفظين هما عبارة عن الماضي ولو كان أحد اللفظين عبارة عن المستقبل لا يتعقد عندنا بخلاف النكاح، والشافعي يسوي بينهما باعتبار أن كل واحد منهما عقد تمليك بعوض من الجانبين - والفرق عندنا أن الزواج يتقدمه خطبة عادة أما البيع فيقع بغنة، ولأن قول الرجل لها زوجيني نفسك تفويض منه لها فيجعل قولها زوجت عقدًا تاماً لأن كلام الواحد يصلح للعقد من الجانبين في النكاح إذا كان مأموراً به وفي البيع لا يتأتى، وسيأتي بيان هذا الفصل، وأرى أن عقد الزواج ليس فيه معاوضة إذ المهر شرط يلتحق بالعقد لا في مقابلة البضع فهو يختلف عن عقود المعاوضات كل الاختلاف راجع تفصيل ما أراه في كتابنا الزواج والفرقة وأثابنا في الفقه الإسلامي.

(٣) المالكية والحنابلة لا يفرقون بين التعبير باللفظ أو الكتابة لأنها أداة تعبير عن الإرادة فقط أما الشافعية في قول لهم على أن التعاقد بالكتابة بين الحاضرين لا يصح إلا عند المعجز - الدسوقي على الدردير ج ٣ ص ٣، نهاية المحتاج ج ٣ ص ٨.

واضحة مفهومة مستبينة^(١)، وسواء فى ذلك أى لغة يكتبون بها ما دام يفهمها المتعاقدان، ويشترط الظاهرية لصحة العقود أن تكون باللغة العربية لمن يعرفها، وقالوا إن العقود جميعها فى ذلك سواء، ولم يستثنوا منها سوى الزواج فلم يجيزوه بالكتابة عند التمكن من التلفظ لاشتراط الإشهاد والإشهار، والرغبة فى الإشهار زيادة فى الاحتياط لخطر ما يترتب عليه من آثار قوية تتعلق بالأعراض والأنساب ولتحقيق العلانية على أنه إذا كان بين غائب وحاضر صح الإيجاب بالكتابة واشترط فى القبول أن يكون باللفظ فلا يكفى فيه الكتابة وحدها^(٢).

التعاقد بالإشارة،

إذا كان المتعاقد لا يستطيع النطق لأنه أخرس فيصح عند الأحناف أن يتم التعاقد بينهما بالإشارة المعهودة التى اعتاد الناس فهمها منه على تعبيره عن هذه الإرادة لأنها أداة تفهيم بالنسبة له، هذا إذا ولد أخرس، أما إذا طرأ عليه الخرس فلا تعتبر إشارته فى التعاقد فى غير التافه من الأمور إلا إذا دام الخرس حتى وقع اليأس من كلامه.

أما بالنسبة لمن يستطيع التلفظ فالأحناف والشافعية على أن العقد لا ينعقد بالإشارة فى غير التافه لأنها مهما قويت دلالتها فهى لا تفيد اليقين الذى ينتج من

(١) الكتابة على ثلاثة أنواع: مستبينة وهى ما لها بقاء بعد الفراغ منها ويمكن قراءتها وهذه هى المعتبرة إلا إذا كانت على وجه الخطاب كأن يكتب «امراته طالق» فإن اعتبارها يتوقف على النية وفى البدائع ج٤ ص ٥٣ «الكتابة المستبينة بمنزلة اللفظ إلا أن فيها إيهاماً إذ قد يقصد بها مجرد تحسين الخط، ولذا افتقرت إلى النية». الثانى كتابة غير مستبينة وهى ما ليس لها بقاء بعد الانتهاء منها كالكتابة فى الهواء والماء وجمهور الفقهاء على عدم اعتبارها ولا ترتيب أثر عليها وخالف البصرى والشعبي لأن الشخص مبر بها من إرادته.

الثالث الكتابة المرسومة وهى مستبينة على وجه المخاطبة والرسالة ومعنونة برسم المرسل إليه وهذه معتبرة حتى لو قال : إني لم أقصد بها التزاماً.

(٢) وفى الدر المختار ج٢ ص ٢٧٣ ويقول ابن عابدين «فلو كتب تزوجتك فكتبت قبلت لم ينعقد وكذا لو قالت قبلت، بخلاف ما إذا كان فى جهة أخرى فكتب لها بالإيجاب فأحضرت شاهدين وقراته عليهما وقالت إن فلاناً كتب يخطبنى فاشهدا أنى زوجت نفسى منه، فإن العقد يصح».

التلفظ أو الكتابة^(١). لأن دلالة التصريح أقوى من الدلالة الضمنية كما هو متفق عليه، ومع هذا فإن الأحناف قد اعتادوا بها في بعض المواضع^(٢).

والفقه المالكي^(٣)، يعتبر الإشارة أداة للتعاقد حتى بالنسبة لغير الآخرس مادامت مفهومة بين الناس ومتعارفاً بينهم على مدلولها، وناقشوا الأحناف خاصة لأنهم أجازوا التعاقد بالأفعال. وقالوا إن التعاقد بالإشارة أولى من التعاقد بالأفعال لأن الإشارة يطلق عليها أنها كلام، قال تعالى: ﴿آيَتِكَ أَلَا تَكَلِّمُ النَّاسَ ثَلَاثَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمْزًا﴾^(٤)، ويفهم هذا من الفقه الحنبلي أيضاً^(٥).

والمادة ١٢٨ من القانون رقم ٧٨ سنة ١٩٣١ تنص على أن «إقرار الآخرس يكون بإشارته المعهودة، ولا يعتبر إقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة».

(١) البدائع ج ٥ ص ١٣٥ الأشباه والنظائر للحموي ص ١٨٨ وراجع أيضاً ابن عابدين ج ٤ ص ١٠ وراجع المغنى ج ٦ ص ٣٥٤.

(٢) فقد اعتبروها مرجحة على الوصف فيما إذا تحد الجنس كمن اشترى هذه البقرة الحلوب فتبين أنها غير حلوب فإن العقد يتعلق بالإشارة على ما سنبينه عند الكلام عن عيوب الإرادة، واعتبروها أداة إظهار فيحدث إذا حلف ألا يخبر فلاناً بهذا الأمر ولما سألته أشار برأسه كما في البدائع ج ٣ ص ٥٣، وابن عابدين ج ٣ ص ١٤٣، كما اعتدوا بها إذا تعلق بها العبارة كأن يقول لامرأته أنت طالق هكذا وأشار بأصبع واحد، ومن ذلك قول الرسول: الشهر هكذا وهكذا وأشار بيده، كما اعتدوا بها في الكفر والإسلام والنسب والإفتاء - ابن عابدين ج ٤ ص ٩ وراجع التعبير عن الإرادة للدكتور محمد وحيد سوار ٢٢٥ - ٢٣٧.

(٣) مواهب الجليل ج ٤ ص ٢٢٩. كما روى عن مالك أن عقد الحوالة يصح بالإشارة ولو من الناطق. راجع الالتزامات وما يتعلق بها من أحكام الفقه الإسلامي للمرحوم الشيخ أحمد إبراهيم.

(٤) سورة آل عمران ج ٣ ص ٤١.

(٥) وفي المغنى ج ٣ ص ٥٦٢: «لأن الإيجاب والقبول إنما يلزمان للدلالة على التراضي فإذا وجد ما يدل عليه قام مقامهما وأجزأ عنهما».



والمادة ٩٠ من القانون المدني تنص « والتعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً » فلم تقيدها المادة بالحرس^(١).

التعاقد بالأفعال،

وهو عبارة عن الأخذ والإعطاء كما يقول الكاساني أو هو التعاطى من غير إيجاب ولا استيجاب كما يقول أحد المالكية^(٢). وهذا كان يعرض تاجر بضاعته ويحدد ثمنها، فتأخذ شيئاً وتدفع ثمنه المحدد، وكان تركب سيارة وتدفع الأجرة للعامل، وكان تأخذ الصحيفة من البائع وتعطيه الثمن أو تضعه له، ومثل الميزان (الآلى) فإنك إذا وضعت قرشاً فى ثقبه ووقفت على القاعدة، فإنه يظهر لك الوزن مكتوباً. ومجرد وضع الميزان والسلعة وسيارة الأجرة وإعدادها لهذا الاستغلال هو نفسه إيجاب ضمنى صادر من صاحبه. واستعمالك لها تعتبر قبولا ضمناً أيضاً لهذا الإيجاب فيتم بذلك العقد، وصورة التعاقد بالأفعال فى التبرعات أكثر وضوحاً، ومن ذلك أن تعطى فقيراً قدرًا من المال فيأخذه منك دون أن يتلفظ أحدكما أو يكتب أو يشير، وأن يقدم شخص لزوجته هدية فتقبلها دون تلفظ^(٣) وعلى هذا فإن التعاقد بالأفعال يتصور فى المعاوضات المالية والتبرعات.

ويشترط لصحة التعاقد بالتعاطى عند من أجازه أمران: تحقق الرضا، وحدث الأخذ والإعطاء، فإن ظهر على وجه أحدهما ما يدل على الرضا دون

(١) وقال شراح القانون: التعبير لا يخضع كقاعدة لشكل ما، فيستطيع التعاقد أن يعبر عن إرادته بما يروقه إلا إذا قضى القانون أو الإنفاق بغير ذلك - فكل ما يعنى به القانون هو أن تبرر الإشارة إلى العالم الخارجى بصرف النظر على الأداة التى يقع بها التعبير، فيستوى أن يكون التعبير صريحاً (Expresse) أو ضمناً (Tacite) إلا حيث يتطلب القانون التعبير الصريح. راجع مصادر الالتزام فى القانون المدنى الجديد ص ٧٤ للدكتور حشمت أبو ستيت، وراجع أيضاً الوسيط للدكتور السهورى لقد أفاض فى ذلك من ص ٢٧٩.

(٢) البدائع ج ٥ ص ١٣٤ الخطاب على مواهب الجليل ج ٤ ص ٢٢٨ وفى الفتح والعناية ج ٥ ص ٧٧ « لأن المعتبر هو المعنى، ينمق بالتعاطى فى النفس والتحسيس وهو الصحيح، لتحقيق المقصود وهو التراضى » ويقول القرافى فى كتابه الفروق ج ٢ ص ١٧٧ « ولما كان الرضا أمراً خفياً جعلت الصيغة والأفعال فى بيع المعاوضة قائمة مقامه لأنه يظن عندها ».

(٣) راجع هذا المعنى فى رد المختار لابن عابدين ج ٢ من التكملة ص ٣٩٩.

حدوث التعاطى فلا يعتبر إلا أن يوجد منه الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما من الفعل^(١).

والفقهاء فى عقود المعاطة بين مانع وموسع، فالشافعية والشيعة فى أصل مذهبهما لا يعترفون بانعقاد العقد بالتعاطى لعدم وضوح الأفعال فى الدلالة على الإرادة، عدا التافه من الأمور كبيع الجريدة والرغيف.

والأحناف والمالكية والحنابلة^(٢) يجيزون التعاقد بالتعاطى فى غير الزواج ولو من الطرفين ما دام موضوع العقد قد تعرف بين الناس التعاقد عليه بالتعاطى، سواء فى ذلك النفيس والتافه^(٣)، وسواء فى ذلك البيع والإعارة والهبة والرجعة^(٤). ومع هذا قال ابن تيمية فى كتابه: إن أصل مذهب مالك وأحمد بن حنبل جواز التعاقد بالتعاطى مطلقاً سواء جرى به العرف أو لم يجر ما دام الفعل يقطع فى إظهار إرادة المتعاقدين، إذ الأساس هو تحقق الإرادة، وباعتبارها أمراً خفياً احتاجت إلى ما يظهرها فى الخارج فاعتبرت كل ما يظهرها أساساً، سواء فى ذلك اللفظ أم الإشارة أم الأفعال. أما عقد الزواج فالفقهاء متفقون على عدم جوازه بالأفعال ولو من جانب واحد كأن تقول المرأة للرجل زوجتك نفسى بمائة جنيه أمام الشهود فيدفع لها المهر دون أن يتكلم^(٥) لما تحب فيه من الاحتياط لخطره وعظم أثره وفوق ذلك فكرامة المرأة تأباه.

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ١٦، الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٩.

(٢) وفى المغنى ج ٣ ص ٥٦١، ٥٦٢ «بيع المعاطة نص عليه أحمد وقال مالك: يقع البيع بما يعتقده الناس بيعاً. وبعض الأحناف يجيزونه فى خسائس الأشياء. والشافعية لا يجيزه. يدل على الجواز أن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع إلى العرف، وقد تباع الناس بالمعاطة فى كل المصور ولم ينكره أحد من قبل وكذلك الحكم فى الإيجاب والقبول فى الهبة والهدية والصدقة. وراجع الزيلعى ج ٤ ص ٤، والروض النضير ج ٣ ص ٣٠٥ وفى الأشياء للسيوطى ص ١٠١ ما يفيد جوازه فى التبرعات.

(٣) التافه هو الأشياء المحترقة كالبيضة والرغيف، والنفيس ما كثر ثمنه، وحده بعضهم بما كان قدر نصاب السرقة الذى يقام فيه الحد، والنفيس ما دونه.

(٤) والرجعة هى أن يراجع الرجل مطلقته قبل انقضاء عدتها من طلاق مجرد رجعى راجع لنا الفقه الإسلامى فى الزواج والفرقة وآثارهما.

(٥) ابن عابدين ج ٣ ص ٢٧٨ واعتبر بعض الفقهاء هذا قبولا منه ينعقد به العقد. راجع الفتح ج ٢ ص ٣٥٠.

ويقول ابن تيمية وهو القاعدة أن العقود تصح بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل، يدل على ذلك أصول الشريعة إذا اكتفى الشارع بالتراضى فى البيع فى قوله ﴿إلا أن تكون تمسارة عن تراض منكم﴾ وبطيب النفس فى قوله ﴿فإن طهر لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً﴾ فتلك الآية فى جنس المعارضات. وهذه الآية فى جنس التبرعات ولم يشترط لفظاً معيناً يدل على التراضى وعلى طيب النفس، والناس تعلم التراضى وطيب النفس بطرق متعددة من الأقوال والأفعال، وقد دلل ابن تيمية على ذلك بجملة أدلة^(١).

والقانون يجيز التعبير عن الإرادة بتعبير صريح باللفظ أو الكتابة أو الإشارة، كما يصح بالتعبير الضمنى^(٢).

إظهار الإرادة بالعبرة وتأكيدها بالكتابة.

وقد يريد المتعاقد أن يؤكد رغبته بكتابة العقد بعد انعقاده باللفظ أو الإشارة أو الفعل، فالفقه لا يمنع ذلك لأنه فوق ما فيه من تأكيد التعاقد فإنه يفيد فى التذكرة والإثبات عند الحاجة، ولا يكون المقصود حينئذ بكتابة العقد

(١) القواعد النورانية الفقهية الطبعة الأولى سنة ١٣٧٠ مطبعة السنة المحمدية من ١١٠ - ١١٥ .
(٢) يقول الدكتور السهورى عند التعليق على المادة ٩٠ من القانون : « فعرض التاجر بضاعته على الجمهور مع بيان أمانتها يعتبر إيجاباً صريحاً، ووقوف حريات الركوب ونحوها فى الأماكن المدة لذلك عرض صريح على الجمهور، ويكون التعبير عن الإرادة ضمنياً، مثل أن يتصرف شخص فى شيء ليس له، ولكن عرض عليه أن يشتريه، فذلك دليل على أنه قبل الشراء. إلخ. راجع الوسيط ص ١٧٦ وراجع ٢٢ ، ٢٢١ . وكذلك ما كتبه الدكتور حشمت أبو ستيت ص ٧٦ وما بعدها من نظرية الالتزام هل مجرد سكوت من وجه إليه الإيجاب يعتبر قبولاً وينعقد به العقد ؟ ، ويقول الدكتور السهورى . «إن السكوت فى ذاته مجرداً عن أى ظرف ملابس له لا يكون تعبيراً عن الإرادة ولا قبولاً إذ الإرادة عمل إيجابى والسكوت شيء سلبى فالسكوت لا يكون تعبيراً ضمنياً إذ التعبير الضمنى يستخلص من ظروف إيجابية تدل عليه أما السكوت فعدم، وأولى بالعدم أن يكون دلالة الرفض لا القبول».

وهو بهذا يوافق نظرية فقهاء الشريعة الإسلامية الذين يقولون « لا ينسب لساكِت قول » والسكوت قد يعتبر فى بعض مسائل إيمان بزواج الولي البكر وهى حاضرة فتسكت، وفى الوصية . فإن سكوت الموصى له بعد موت الموصى عن القبول أو الرد حتى مات يعتبر السكوت قبولاً . جاء فى الدر المختار ج ٢ ص ٣٢٦ والسكوت كالنطق فى سبع وثلاثين مسألة .

هو إنشاؤه إنما مجرد التذكرة والإثبات . وقد حجب الله ذلك إلى الناس في معاملاتهم^(١)

ويقول الدكتور السنهوري في هذا الوأي مظهر من مظاهر التعبير الصريحة أو الضمنية يكفي بوجه عام في التعبير عن الإرادة مع مراعاة أن هناك عقوداً شكلية^(٢)، سبقت الإشارة إليها تستلزم أن يتخذ التعبير مظهراً خاصاً في شكل معين ومع مراعاة أن هناك قواعد للإثبات تستوجب الكتابة في كثير من الفروض ولكن الكتابة في هذه الحالة الأخيرة ليست مظهراً للتعبير عن الإرادة بل هي طريق للإثبات وجودها بعد أن سبق التعبير عنها.

(١) بقوله ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا بِيْخُسَ مِنْهُ شَيْئاً فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيَمْلِكْ وَلِيهِ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دَعُوا وَلَا تَسْمَحُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكَمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْسَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارُ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾ . سورة البقرة ج ٣ ص ٣٧٢.

(٢) تنقسم العقود في القانون إلى : ١- عقود رضائية Contrat consensuel وهي التي تتم بمجرد تراضي طرفيها . وأصبحت الرضائية في العقود هي القاعدة في القانون الحديث . ٢- عقود شكلية Contrat solennel ، والعقود التي لابد لتمامها غير تراضي طرفيها من شكل مخصوص يحدده القانون مثل ما يشترط فيه التعبير أمام الموثق عن الإرادة عند الهبة والرهن الرسمي . والغاية من الشكلية هي في الغالب حماية المتعاقدين من نفسه وتنبهه إلى خطورة ما هو مقدم عليه . ومع هذا فالشكل ليس إلا مظهراً من مظاهر التعبير عن الإرادة لا يمكن أن يغني عنها بحيث إذا انعدمت الإرادة أو شابها عيب فإن العقد الشكلي يقع باطلاً أو قابلاً للإبطال بخلاف الشكلية في القانون الروماني فإنها هي التي تكون العقد لا الإرادة . ٣- عقود عينية Contrat reel ، وهي ما يجب لتمامها فضلاً عن تراضي طرفيها تسليم العين المعقود عليها ، هذا وقد عرفت أن العقد في الفقه الإسلامي يتم بمجرد توافق الإرادتين . ومع هذا فهناك عقود لابد فيها من الإشهاد كعقد الزواج والطلاق عند من يري ذلك . وهناك عقود يتوقف تمامها على التسليم كالهبة .

المبحث الثالث

عدم مطابقة العبارة للإرادة وأثره

اختلاف العبارة عن الإرادة:

إذا اختلفت الصيغة عن الإرادة^(١) وقامت القرينة القاطعة على هذا فهل يتبع الحكم الإرادة مع أنها أمر خفى أم يبنى على العبارة الظاهرة مع أن القرينة تفيد أن الشخص لم يرد ما أظهرته العبارة وإنما قد صدرت منه هذه العبارة بغير قصد كعبارة المجنون والصبي ومن فى حكمهما، وكعبارة من يردد كلام غيره من غير أن يقصد معناه، أو تكون قد صدرت منه العبارة مع فهم مدلولها تحت ضغط وإكراه أو لمجرد التظاهر أمام الناس دون إرادة للعقد؟ أو لم يكن لا هذا ولا ذاك وإنما كانت الالفاظ التى استعملها فى عبارته تنبئ عن الإرادة إلا أنها وضعت فى اللغة لتفيد شيئاً آخر، أو كانت العبارة تنبئ عن الإرادة، ويفهمها، وأصدرها من غير إكراه أو تفاخر وإنما قصد من وراء ذلك الوصول إلى شيء محظور شرعاً وقصد بهذا التحايل للوصول إلى المحرم عن طريق عقد مشروع.

الفقهاء قد هبطوا بين مطروستين، الشافعى ويغلب على طابعه الأخذ بالإرادة الظاهرة، وباقى الفقهاء ويغلب على طابعهم الاتجاه نحو الإرادة الباطنة. وإليك تفصيل كل هذا.

إذا اقترن بالعبارة ما يدل على عدم قصد إنشاء التزام بها كانت لاغية ما دام قد ثبت أنها لا تمثل إرادة المعبر لأنه لا يقصدها مطلقاً، أو يقصدها لا باعتبارها منشئة للالتزام، على التفصيل الآتى:

(١) راجع فى هذا جميعه كتب أصول الفقه: شرح المنار من ٩٤٣ - ٩٩٦. كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام للبيزوى ج ٤ من ص ١٤٥٠ «المواضع المكتبة».

§ يقصد العبارة مطلقاً،

ومن ذلك عبارة المجنون والمغشى عليه، والواقع تحت تأثير التنويم المغناطيسى والصبى غير المميز^(١) فعبارة هؤلاء لا تفيد أى التزام، لأنها لا تعبر أصلاً عن إرادة معتبرة رغم وجود الصيغة.

فالإرادة الحقيقية منعدمة منهم لانعدام التمييز الحقيقى فى المجنون والصبى غير المميز، ولانعدام التمييز الحكمى، كما فى حالتى المغشى عليه والواقع تحت التأثير المغناطيسى، وفى هذه الحالات يقول الرسول «رفع القلم عن ثلاث: عن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق، وعن الصبى حتى يكبر». وفرع الفقهاء على هذه الصورة حكم عقد السكران والمخطئ والناسى.

أولاً - السكران، وهو الذى لا يعى ما يقول، وإرادته وهو سكران منعدمة^(٢)، ولا عبرة لعبارته المنشئة التزاماً عند أحمد بن حنبل وبعض فقهاء المذاهب الأخرى لأنها لا تعبر عن إرادة صحيحة، والسكر قرينة ذلك؛ فهو حين التلغظ أو ما يقوم مقامه كان مسلوب الإرادة. ويستوى فى ذلك كل العقود عندهم، فلا يلزم بيعه ولا يقع طلاقه وهكذا بالنسبة لسائر الالتزامات^(٣).

(١) الفتح ج ٣ ص ٣٨.

(٢) السكر أحد صوارض الأهلية المكتسبة، وهو سرور يغلب على العقل مباشرة بعض الأسباب الموجبة له فيمنع الإنسان عن العمل بموجب عقله من غير أن يزله، ولهذا بقى السكران أهلاً للخطاب. وقيل هو غفلة تلحق الإنسان مع فتور الأعضاء مباشرة بعض الأسباب الموجبة لها من غير مرض وعلة. وقيل هو معنى يزول به العقل عند مباشرة بعض الأسباب المزيلة، وعلى هذا يكون توجيه الخطاب له أمراً حكماً تابعاً بطريق الزجر المباشر عن المحرم. راجع كشف الأسرار ج ٤ ص ١٤٧٢.

(٣) يقول ابن قدامة «فى طلاق السكران روايات: قيل يقع، وقيل: لا يقع وفى رواية تروى عن الإجابة لتعارض الأدلة فيقع عند مالك والشافعى فى أحد قوليه، وأبى حنيفة وصاحبيه وكثير من الفقهاء الأئمة - ولا يقع وهو رأى عثمان رضى الله عنه ومذهب لمحمد بن عبد العزيز والليث، ويقول ابن المنذر: هذا ثابت عن عثمان ولا نعلم أحداً من الصحابة خالفه، وقال أحمد بذلك لأن السكران والى العقل أشبه بالمجنون والنائم ولأنه مفقود الإرادة فأشبهه المكره...»، ثم يقول «والحكم فى عتقه ونذره وبيعه وشراؤه وإعدائه كالحكم فى طلاقه لأن المعنى فى الجميع واحد» راجع المغنى ج ٧ ص ١١٤ إلى ١٦٦... لكن التكاليف بالنسبة له قائمة فتلزمه الأحكام الشرعية رباً ثم بتأخير الواجبات الدينية عن أوقاتها ولا تسقط عنه عقوبة جريمته فيقتص منه إذا قتل ويحد إذا رنى.

وروى الكاساني^(١) أنه قول عثمان وبه أخذ الطحاوي والكرخي. وهو أحد قولي الشافعي. قاسوه على من زال عقله بالبنج والدواء وعلى ما اتفقوا عليه من عدم صحة رده حاله سكره. المادة الأولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ تنص على أنه لا يقع طلاق السكران والمكره.

أما جمهور الفقهاء^(٢) فإنهم استثنوا عبارة السكران رجراً له وردعاً لغيره. وجعلوها ملزمة في كل العقود والالتزامات، وفرق بعض الفقهاء بين السكر بمحرم ما دام أقدم عليه مختاراً عالماً به، فالزموه بعبارة في سائر التصرفات ويبقى مخاطباً بالتكاليف الشرعية^(٣) لأن عقله قائم، غاية الأمر أنه عرض له فوات فهم الخطاب بمعصية منه؛ ولأن فعله هذا جريمة، والجريمة لا ينبغي أن يستفيد منها من أجرم بها، واختار زفر وكثير من الفقهاء عدم وقوع طلاقه^(٤). وأما من تغيب عقله بغير محرم كالواقع تحت تأثير البنج أو ما شابه ذلك، فلا يلتزم بأى شيء ينتج عن عبارته وهو فى غير وعيه وطبيعته لقيام عذره وانتفاء قصده^(٥).

(١) البدائع ج ٣ ص ٩٩.

(٢) الفتح والعناية ج ٣ ص ٤٠٠، وراجع الاشياء والنظائر لابن نجيم ص ١٧٠ والاشياء للسيوطي ص ١٤١.

(٣) المكلف: هو الشخص الذى تعلق خطاب الله بفعله، ولا يعتبر الشخص مكلفاً إلا إذا كان أهلاً لما يكلف به، أى قادراً على فهم ما يوجه إليه متصوراً له بالقدر الذى يتوقف عليه الامتنال، والقدرة على الفهم لا تتحقق إلا بالعقل إذ هو الوسيلة إلى الفهم والإدراك، ولما كانت مراتب العقل متفاوتة ولا تصلح كلها لأن تكون مناهلاً للتكاليف جعل الشارع العقل عند البلوغ مناهلاً للتكاليف.

(٤) فتح القدير ج ٣ ص ٤٥.

(٥) ويقول البزودى ج ٤ ص ١٤٧٢ «السكر نوعان: سكر بطريق مباح وسكر بطريق محظور. أما السكر بالمباح مثل من أكره على شرب الخمر فإنه يحل له، وكذلك المضطر إذا شرب منها ما يرد به العطش فسكر به، وكذلك إذا شرب دواء فسكر به مثل البنج والأفيون، وكذلك على قول أبى حنيفة إذا شرب شرباً يتخذ من الحنطة والشعير والعسل فسكر منه فإنه لا تسرى عليه عقوبة الجلد على قول الإمام فى ظاهر الجواب. فإن السكر فى هذه المواضع بمنزلة الإغماء يمنع من صحة الطلاق والعناق وسائر التصرفات، لأن ذلك ليس من جنس اللهو، وفى البسوط للسرخسى «لا بأس أن يتداوى الإنسان بالبنج فإذا أراد أن يذهب عقله منه به فلا ينبغي له أن يفعل ذلك لأن الشرب على قصد السكر حرام» وفى حاشية كشف الاسرار تفصيل ما يعتبر خمراً يجب معه الحد وتبطل التصرفات، وما لا يعتبر خمراً، وهذا محل اختلاف فى وجوب الحد على من سكر به ونفاذ تصرفاته.

وما ذهب إليه ابن حنبل ومن وافقوه من إهدار عبارة السكران وعدم إلزامه بها مع مؤاخذته فيما عدا ذلك من التكاليف ومعاقبته على ما يرتكب من جرائم رأى شديد، لأن من يلزمه بقوله إنما يعاقبه رجراً له وردعاً لغيره مع اعترافهم بأن السكران حينما باشر ما يلزمونه به لم تكن له إرادة صحيحة، ومع أن الله سبحانه وتعالى حدد عقوبة السكر، وليس منها إلزامه بعقوده، فوق أنه فاقد الإرادة والاختيار والعقود والالتزامات إنما تتوقف صحتها على استقامة القصد وصحة الإرادة، وشئ من ذلك لا يتحقق مع السكر أيًا كان نوعه أو سببه^(١).

ثانياً - المخطئ والناسي: إذا أخطأ شخص أو نسي وتلفظ بعبارة تحدث التزاماً فابن حزم والشافعي وأحمد والمالكية في الطلاق^(٢) يرون أن عبارته غير ملزمة لأنه ما كان يقصد ذلك ولا يرغب فيه ما دامت القرينة قائمة على ذلك فقد انعدم القصد والرضا، ولقول الله تعالى ﴿وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم﴾^(٣). واستدل أحمد بحديث ﴿إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه﴾^(٤) وبذا لمجدهم ينظرون إلى ناحية الإرادة الباطنة في هذه المسألة، أما إذا لم تكن هناك قرينة تؤيد دعوى الخطأ فإنه لا يصدق في الظاهر، أما ديانة فإن الحكم يترتب على الحقيقة التي يعلمها الله.

(١) إعلام الموقعين ج ٣ ص ٣٣٢.

(٢) ففي المحلى لابن حزم الظاهري المسألة ١٩٦٤ «ومن طلق وهو غير قاصد إلى الطلاق لكن أخطأ لسانه لم يقع طلاقه إذا استفتى في ذلك. إلا إذا أقيمت عليه بينة أمام القضاء». وفي نهاية المحتاج للرملي الشافعي ج ٦ ص ٨١ - ٨٢ «ولو سبق لسانه بطلاق بلا قصد لغا، ولا يصدق ظاهراً إلا بقرينة» وفي إعلام الموقعين لابن القيم الحنبلي ج ٤ ص ٧٢ «إن فعل الناس والمخطئ بمنزلة فعل النائم في عدم التكليف به. فإذا علمنا يقيناً خلاف المدلول لم يجز أن نجعله دليلاً على ما تيقنا خلافه».

وفي الدردير على خليل وحاشية الدسوقي عليه ج ٢ ص ٣٦٥ «وركن الطلاق... وقصد أي قصد النطق باللفظ الصريح والكتابة الظاهرة... احتذر به عن سبق اللسان» وفي ص ٣٦٦ «إذا قصد التكلم بغير لفظ الطلاق فزل لسانه فتكلم به فلا يلزمه شيء مطلقاً إن ثبت سبق لسانه، وإن لم يثبت قبل في الفتوى دون القضاء».

(٣) سورة الاحزاب ٥/٢١.

(٤) المغني ج ٧ ص ١١٨ و ١٢٢.

أما الاحتمال فإنهم وإن كانوا يرون الاتجاه ناحية الإرادة الظاهرة عند انعدام القرينة شأنهم شأن غيرهم في هذا^(١) ويرتبون الحكم على العبارة الصادرة فيلزمون المخطئ والناسي قضاء بالعبارة إذ لنا الظاهر والله يتولى السرائر، ولأن الخطأ والنسيان أمر باطنى لا دليل عليه فى الخارج ولا قرينة، بل صدور العبارة منه وهو بتمام عقله ورشده قرينة القصد الصحيح، والقول بغير ذلك يترتب عليه ضياع حقوق الناس إذ يدعى كل شخص يريد التخلص مما التزم به أنه لم يقصد الالتزام وإنما صدر منه خطأ أو نسياناً^(٢).

إلا أنه إذا كانت هناك قرينة قوية تدل على الإرادة الباطنة كأن يصدقه الطرف الآخر فى العقد القابل للفسخ فإنهم كما تفيد النقول عنهم مختلفون: فمنهم من قال إن العقد ينعقد فاسداً، فينعقد لوجود أصل الاختيار لأن كلامه اختياري ويفسد لقوات الرضا^(٣) ومنهم من قال إن القصد إلى العبارة منعدم مع الخطأ وأبطل عقد المخطئ القابل للفسخ ما دامت دعوى الخطأ صدقها الآخر أى أيده القرينة^(٤).

والذى نراه أن العقد مع هذا لا ينعقد ألينة لانعدام القصد والاختيار ولانعدام الرضا بالآثر أيضاً إذ عبارة المخطئ غير مقصودة له ألينة فهو أشد حالاً فى عدم قصدتها من المكره إذ الأخير يقصد إليها دفعاً لضرر أكبر أما المخطئ فلا قصد له مطلقاً وقد قامت القرينة بتصديق خصمه على ذلك.

(١) راجع الأشباه للسيوطى ص ١٢٥، والفتح ج ٣ ص ٤٥.

(٢) البحر الرائق ج ٥ ص ٢٦٦، الفتاوى البزارية ج ٤ ص ٣٦٥.

(٣) كشف الأسرار للزردى ج ٤ ص ٣٨١، ومراة الأصول ص ٣٥٨، والبدائع ج ٤ ص ١٣٦ «المكاتب من التصرفات تحتمل الفسخ فيفسدها الإكراه والهزل والخطأ».

(٤) يقول الكمال فى التحرير: «إذ لا قصد للمخطئ فى خصوص اللفظ ولا حكمه فانه غير مختار ولا راض بالتكلم بخصوص اللفظ ولا بحكمه» راجع التقرير والتعبير شرح التحرير ج ٣ ص ٢٠٥ - ٢٠٦، تيسير التحرير ج ٢ ص ٣٠٧.

من يقصد العبارة ؟ باعتبارها منشئة لعقد

وذلك كمن لقن إنساناً عبارة بلغة لا يفهمها فنطق بها، وكانت هذه العبارة تنتج إيجاباً، وقابلها الآخر بقبول من عنده، أو كانت العبارة تفيد التزاماً من جانب الملقن، فإنه لا أثر لهذا ولا ينعقد عقد بينهما، لأن الإيجاب غير معتبر، ولا يقصد صاحبه التلغظ به باعتباره منتجاً للإيجاب^(١) غير أن بعض الأحناف يرون أنها تلزم صاحبها إن كان الموضوع طلاقاً أو إعتاقاً أو رواجاً استناداً إلى حديث^(٢): «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والعتاق».

غير أن صاحب الدر المختار^(٣) يقول إن المفتى به أنه لا يقع، وقال إن من قال بوقوعه فإنما يقصد وقوعه قضاء فقط.

ومن هذا القبيل أيضاً أن تصدر العبارة من صاحبها مع قصد التلغظ بها وفهمها لكن لا لينشئ بها عقداً وإنما يرددها لحفظها أو لتعليمها للغير أو لمجرد التمثيل والتصوير المسرحى مثلاً، أو كان قراءة لمكتوب، فإنها لا اعتبار لها ولا ينعقد بها عقد^(٤)، وكذلك لو عبر بلفظ صريح لانعدام القصد^(٥).

(١) وفي إعلام الموقعين ج ٣ ص ٥٥ يقول ابن القيم «قال أصحاب أحمد قال الأعجمى لامرأته أنت طالق وهو لا يفهم معنى هذه اللفظة لم تطلق لأنه ليس مختاراً للطلاق فلم يقع، وكذلك لو نطق بكلمة الكفر وهو لا يعلم معناها لم يكفر».

(٢) راجع نيل الاوطار للشوكانى ج ٦ ص ٢٣٤، سبل السلام ج ٣ ص ٢٣٥، وفي فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٩ «لو لقنت امرأة (زوجت نفس بالعربية) ولا تعلم معناها، وقبل الزوج والشهود يعلمون ذلك أو لا يعلمون صح كالطلاق، وقيل لا كالبيع، ومثل هذا في جانب الرجل إذا لقن ولا يعلم معناه». وهذا غير مستساغ لأن هذه اللفاظ تردّد لكلام فلم يتحقق فيه لا اختيار ولا رضا، ولذا نجد كثيراً من فقهاء الأحناف على عدم صحة شيء من ذلك.

(٣) راجع ج ٢ ص ٤٤ من حاشية ابن عابدين.

(٤) وفي الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٧٦: «كبت امرأة أنت طالق، ثم قالت لزوجها اقراها على، فقرأ، تطلق مالم يقصد خطابها» وروى ابن تيمية أن امرأة طلبت من زوجها أن يسميها خلية طالق فقال: فأنت خلية طالق، فذهبت لعمر بن الخطاب وقصت عليه ما حدث، فاستدعى زوجها فجاء فقص عليه، فقال له عمر: غداً زوجتك واذهب.

(٥) واللفظ الصريح هو الذى لا يتوقف فى إعماله إلى نية وخاصة فيما يستوى فيه الجدل مع الهزل كالطلاق والنكاح والرجعة، وعلة ذلك كما ينقل صاحب الدر المختار عن الكمال بن الهمام فى مسألة الطلاق «لا بد لوقوع الطلاق حتى الصريح من قصد إضافة لفظ الطلاق إليها علماً بمعناه ولم يصره إلى ما يحتمله». راجع رد المختار وابن عابدين عليه ج ٢ ص ٤٤٢.

التظاهر بإنشاء العقد دون الرغبة فيه حقيقة: وهذا يكون: في التظاهر والمفاخرة أو الاستهزاء والهزل، كما يكون في الإكراه على إصدار العبارة. وقبل أن نتكلم عن هذين القسمين نشير إلى أن الصورية في العقود والتصرفات قد تكون مشروعة لا يقصد بها الخروج على تعاليم الشرع وأحكامه، وقد تكون غير مشروعة، وهذا هو الغالب في استعمالاتها. وهى من جهة أخرى قد تكون الصورية^(١) فيها مطلقة، فيكون العقد جميعه لا وجود له في الحقيقة وإن وجدت صورته في الخارج، كما أن يتظاهرا بإجراء عقد بيع مثلا والحقيقة أنهما لا يتغيان ولا يقصدان له أى أثر قانونى كييع التلجئة وسيأتى. وقد تكون الصورية نسبية كأن يجريا عقد هبة لكنهما يتظاهران بأنه عقد بيع، أو تكون حقيقة التعاقد لأصيل مستور غير ظاهر عند التعاقد، أو الثمن المذكور به أو التاريخ صورياً وحقيقة الثمن أو حقيقة التعاقد غير ذلك. وقد بحث الأصوليون كل هذا تحت عنوان الهزل.

[١] عبارة الهازل والمتظاهرو،

وإذا صدرت العبارة بقصد صاحبها واختياره لا لينشئ بها عقداً ولكن بقصد الهزل^(٢) أو التظاهر أو التفاخر، ووجدت القرائن الدالة على ذلك^(٣).

(١) يعرفها الكمال في كتابة التفسير والتعبير ج ٢ ص ١٩٤ «ما لا يراد باللفظ ودلالته المعنى الحقيقي ولا للجازى بل أرهذ باللفظ غيرهما وهو ما لا يصلح إرادته منه».

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٤٦ وابن عابدين ج ٤ ص ٧ ٨، الهزل في اللغة اللعب وفي الاصطلاح الفقهى أن يراد بالشئ ما لم يوضع له ولا ما صح له اللفظ استعاره. والهازل يتكلم بصيغة العقد باختياره ورضاه، ولكن لا يختار ثبوت الحكم ولا يرضاه.

(٣) فتح القدير ج ٢ ص ٣٤٧ في كتاب النكاح: «أما الهازل فمريد لمعنى اللفظ غير مريد لحكمه فلا يلتفت لقصد عدم الحكم» وفي ج ٥ ص ٨٦ «لا فرق بين بعته وأبيع في توقف الانعقاد على النية ولذا لا ينقد بلفظ بعت هزلاً» وفي حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٤ ص ٨ «فإن تواضعا على الهزل بأصل البيع أي توافقا علي أنهما يتكلمان بلفظ البيع عند الناس ولا يريدانه ولم يرفعا الهزل ولم يرجعا عنه، فالبيع منقذ لصدوره من أهله في محله لكن يفسد البيع لعدم الرضا بالحكم مع أن الفاسد حكمه أن يملك بالقبض لوجود الاختيار والرضا بالحكم» ثم يتقدم ما قاله صاحب الدر المختار - ولم ينقد مع الهزل لعدم الرضا - فقال هذا غير صحيح لمناقضاته لما تقدم من أنه صدر من أهله في محله لكنه فاسد لعدم تحقيق الرضا بالحكم، وتأول لصاحب الدر فقال: ولعله يقصد نفى الانعقاد الصحيح لا أصل الانعقاد - ثم ينقل لنا عن -

فالأحناف، وجمهور فقهاء المالكية، ومذهب ابن حنبل على أن هذه العبارة لا يترتب عليها أثر، واستثنوا العقود الخمسة التي استثناهما الشارع في حديث «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد: النكاح والطلاق والرجعة» وفي رواية أخرى: واليمين بدل الرجعة وعللوا إلغاء العبارة في غير ما استثنى، بأن الدليل قد قام بين المتعاقدين^(١) قبل العقد على عدم إرادة هذا الالتزام، فالإرادة تكون منعدمة قبل التلفظ بالعبارة، وما دامت الإرادة منعدمة من قبل التعاقد، فلا أثر لهذا العقد لأن أساس التعاقد في الحقيقة هو الإرادة وقد انعدمت، فالعبارة تكون لغواً، لأنها جعلت لتدل على الإرادة، والقرينة قامت على انعدامها:

لكن بعض فقهاء المالكية يعممون إلغاء اعتبار الهازل ومن في حكمه في جميع العقود على السواء ولا يستثنون منها شيئاً، فزواج الهازل^(٢) وطلاقه وعتاقه وبيعه وهبته وإجارته وسائر عقود لاغية سواء أكان فيها حق الله أم حق العباد إذا ثبت بالدليل هزله، لأنه يكون مجرد لفظ من غير وجود نية، وهو رواية عن أحمد، وقالوا إن الحديث منقطع الإسناد.

الحانية والقنية أن بيع الهازل باطل وأن الفقهاء كثيراً ما يطلقون الفساد على الباطل... ثم يتبع ذلك بقوله: لكن يرد على بطلانه أنهما لو أجراه جار مع أن العقد الباطل لا تلحقه الإجارة لأنه لم ينعقد أصلاً بخلاف الفساد فإن الإجارة تلحقه إذ هو منعقد بأصله لا بوصفه، وهذا منعقد بأصله ولذلك أجاب بعض العلماء فقالوا يحمل ما في الحانية على أن المراد بالبطلان الفساد كما في حاشية الحموي... ثم يقول وهذا أولى لموافقه لما في كتب الأصول من أنه فاسد.

ولعل الذي أثار كل هذا الجدل كون محل العقد الفاسد يملك بالقبض وقد نص على أن عقد الهازل لا يملك محله بالقبض. فكان هذا سبباً في اتجاه بعض الفقهاء إلى أنه عقد باطل، ولكن صاحب الأشباه يقول: إذا قبض المشتري السلعة المباعة بيعاً فاسداً فملكها إلا في ثلاث مسائل: الأولى لا يملكه في بيع الهازل كما في كتب الأصل، والثانية: لو كان مقبوضاً في يد المشتري أمانة لا يملك به، والثالثة لو اشتراه الأب من ماله لابنه الصغير أو باعه له كذلك بيعاً فاسداً لا يملكه بالقبض حتى يستعمله، وبهذا يكون بيع الهازل فاسداً فلو ارتفع سبب الفساد فيه فعدل الهازل عن هزله صح العقد ونفذ بلا حاجة إلى تمديده ولو كان باطلاً ما انقلب صحيحاً.

(١) ويشترط الأحناف أن يتقدم الهزل دليلاً أي يتفق قبل العقد على أن ما يتفقان عليه هو هزل ولا يكتفون بتحقيق الهزل بمجرد دلالة الحال كما اكتفى بذلك الحنابلة.

أما الشافعي فيتجه نحو الإرادة الظاهرة في جميع العقود ويرتب على عبارة المتعاقدين الحكم الشرعي بمجرد صدور عبارتهما وتوافر أركانها وشروطها من غير نظر إلى إرادتهما الباطنة، ولا عبرة عنده بالدليل القائم على عدم الرغبة في الحكم لأنهما قد قصدا العبارة وهما أهل للاختيار، ولا اعتبار لما نواطأ عليه من تجريدهما للعبارة عن معناها ومدلولها بيعاً أم زواجاً أم طلاقاً، بخلاف المخطئ فإنه قد قصد العبارة خطأ، وبهذا يستقر التعامل بين الناس.

وبذا يظهر أن الشافعية يفرقون بين الهازل والمخطئ في الحكم وأنهم لا يخالفون الحنفية بالنسبة ليمين الهازل وطلاقه وإن خالفوهم بالنسبة ليمين المخطئ^(١). غاية الأمر أن الهازل مؤاخذ بيمينه عند الإحناف استثناءً مستنداً إلى الحديث، وعند الشافعي مؤاخذ طبقاً لقاعدته من اتباع الظاهر دون اعتبار للتواطؤ.

(١) وفي نهاية المحتاج ج ٨ ص ٣٨ «ومن سبق لسانه إلى لفظ اليمين بلا قصد لم تنعقد» وفي ص ٣٤ «وتسمية الحلف بنحو الطلاق يميناً شرعية غير بعيد» وفي حاشية الشيرازي... «لتضمنه المنع من المحلوف عليه كتضمن الحلف بالله ذلك». وفي نفس المصدر ص ٣٤ «وشروط الحالف يعلم بما في الطلاق... وهو أن يكون مكلفاً ولو سكراناً مختاراً قاصداً. فنخرج صبي ومجنون ومكره وساء» ومقتضى هذا دخول الهازل في مؤاخذته باليمين لأنه قاصد مختار مكلف ولأنه لم يخرج. وفي ص ٣٥ من المصدر نفسه «ولا يقبل قوله لم أرد به اليمين لأنه نص في معنى اليمين لا تحتل غيره، وهذا واضح في أنه لا يعتبر هزله وأنه مؤاخذ بيمينه». وفي شرح المنهاج ج ٤ ص ٢٧٢ «ومن سبق لسانه إلى لفظ اليمين بلا قصد لم تنعقد بيمينه ويسمى لغواً» وفي ج ٣ ص ٢٣١ «ولو خاطبها بطلاق هازلاً أو لاعباً... وقع الطلاق لقصد إياه».

وفي حاشية القليوبي على شرح المنهاج ج ٣ ص ٣٣١ «ثلاث جدهن جد... وغير الثلاثة مثلها، وقصد الاستهزاء مثلاً لا يخرج اللفظ عن معناه».

وفي حاشية الخطيب على شرح أبي شجاع ج ٢ ص ٤٠٣ مثل هذا المعنى.

لكن يقول الدكتور محمد وحيد سوار في رسالة التعبير عن الإرادة ص ٣٩٥ هـ نقلاً عن البدائع ج ٣ ص ١١، واستدل به على أن الشافعي لم يفرق بين عبارة المخطئ والهازل في اليمين وما ذكره الكاساني هو «وكذا الجد والعمد فتصح اليمين من الخاطئ والهازل عندنا خلافاً للشافعي» والتحقيق يقضي بالاستدلال على مذهب الشافعي مما جاء في كتبهم ما دامت في متناول اليد لا بما جاء في كتاب حنفي، على أن صاحب البدائع يقصد بقوله (عندنا خلافاً للشافعي) أن الشافعي يخالف الإحناف في أصل حكم يمين المخطئ، كما يخالف في الأساس الذي يبنى عليه حكم يمين الهازل.

ويتشرع على التظاهر بإنشاء العقد دون إرادته والرغبة فيه،
الأمثلة الآتية^(١):

أولاً - بيع الثلج، وهو بأن يتواطأ اثنان على التظاهر بإحداث عقد من غير أن يكون لذلك حقيقة بينهما وإنما يقصدان بذلك التخلص من شخص ظالم له بطش وسلطان على المالك الذي تظاهر بالبيع ليتخلص من سلطانه ويطشه في الاعتداء على هذه العين المتظاهر بيعها^(٢).

وكذا لو كانا يقصدان بتظاهرهما بهذا البيع مجرد اكتساب الشهرة لأحدهما فإن البيع صحيح ونافذ وتنتقل ملكية المبيع إلى المشتري إذا اختلفا ولا عبرة بما كان بينهما سراً عند الشافعي، ولكن فقهاء المذاهب الأخرى يحكمون على أساس إرادتهما الباطنة، ولا اعتبار بالعبارة الظاهرة ما دامت الإرادة الباطنة تثبت بالدليل، وهكذا في سائر العقود الصورية مع ملاحظة ما يقال بالنسبة إلى الأمور الخمسة المستثناة.

ثانياً - إعلان زياضة حقيقة الجوهر للتفاهور، فإذا تزوجا على صداق قدره عشرة جنيهات وأعلنا للناس في حفل الزواج أن الصداق مائتا جنيه بقصد التظاهر والمفاخرة^(٣)، فالشافعي يحكم بظاهر العقد ولا عبرة بما اتفقا عليه، والآخرين يلزمون الزوجين بما تدل القرائن على انعقاد الإرادة عليه ولا عبرة بما تظاهروا به وأعلناه.

ثالثاً - إظهار ثمن مجهو المتفق عليه بالزياضة، كأن يبيع شخص لآخر داراً بألف جنيه ويتوطأ على إظهار ثمن غير حقيقى كأن يعلن أن الثمن ألف وخمسة مائة كى يحجم من له حق الشفعة عن طلبها لارتفاع الثمن فيستقر الملك

(١) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٤٥ وما بعدها.

(٢) وفي المعنى ج ٤ ص ٢١٤ «ومعنى بيع الثلج أن يخاف أن يأخذ السلطان أو غيره ملكه فملكه رجلاً على أن يظهر أنه اشتراه منه ليحتمى بذلك ولا يريدان بيعاً حقيقياً».

(٣) فتح القدير ج ٢ ص ٤٤٣ وما بعدها.

للمشتري من غير أن يتعلق به حق الشفيع، أو بالنقصان كان يعلن أن الثمن ثمانمائة مراعاة لرسوم التسجيل أو تهريباً من الضرائب، إلى غير ذلك من الصور والحوادث، فإذا اختلف المتعاقدان بعد شيء من ذلك وتمسك أحدهما بظاهر العقد. فالشافعي يرى إلزامهما بما أعلناه، والآخر من الفقهاء يرون إلزامهما بالثمن الحقيقي المتفق عليه إذا قام عليه الدليل. والبيع صحيح عند الجميع ومن حق الشفيع أن يطلب الشفعة من جديد عند معرفة حقيقة الثمن.

[ب] عقد المكره

أن يكون من أصدر العبارة قد أكره^(١) على التلفظ بها دفعا لأذى الغير الذي يهدده بما لا يحتمله من أذى إذا لم يتلفظ بها، مع قدرة المكره على تنفيذ ما توعد به. وأن المكره لا يرغب فيما يترتب على هذه العبارة، فغير الاحناف، لا يلزمون المكره بعبارته ولا يترتبون عليها حكما شرعياً بل يعتبرونها لاغية الاختيار^(٢) والقصد، وقالوا إن العقود جميعها في ذلك سواء لا فرق بين عقد بيع أو عقد زواج^(٣)، أو طلاق أو رهن أو كفالة أو إجارة إلى غير ذلك. واستدلوا^(٤)، بقوله صلى الله عليه وسلم «إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»، وفي المذكرة التفسيرية للقانون «طلاق المكره لا يقع بناء على مذهب الشافعية والمالكية وأحمد وداود وكثير من الصحابة».

(١) الإكراه هو ما يفعله الإنسان بغيره ليدفعه إلى فعل شيء طلبه منه دون أن يكون راغبا فيه.
(٢) الاختيار هو ترجيح فعل الشيء على الامتناع عن فعله أو العكس وهذا الاختيار يكون صحيحاً إذا صدر دون تأثير من الغير أو ضغط ويكون قاصداً إذا كان ترجيحاً لاخف الضررين مخافة تهديد الغير.

(٣) جاء في المغني ج ٩ ص ٥٤٨ «وللسيد أن يزوج أم الولد وإن كرهت. وبهذا قال أبو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي واختاره المزني وقال في القديم: ليس له تزويجها إلا برضاها كالمكاتبة. وقال في الثالث ليس له تزويجها وإن رضيت لأن ملكه فيها قد ضعف وهي لم تكمل فلم يملك تزويجها كاليتيمة».

(٤) فتح القدير ج ٣ ص ٣٩.

ولكن الأحناف وإن كانوا يوافقون سائر الفقهاء في أن عقد المكره لا يترتب عليه أثره إلا أنهم يرون أن العقد ينقذ مع الإكراه موقوفاً على إجازة المتعاقدين حال السعة والاختيار أى بعد زوال الإكراه^(١)، واستثنوا من ذلك العقود الخمسة التي فيها حق الله تعالى والتي أشرنا إليها قبل، ومنها الزواج والطلاق، فقال الأحناف، إن مجرد القصد إليها وتحقق العبارة يجعلها صالحة لترتب الحكم الشرعي عليها، فاعتبروا القصد فيها يقوم مقام الرضا^(٢)، لأن الشارع استثناهما فوجب فيها الاحتياط: ففقهاء الأحناف لم يفرقوا بهذا بين عقد الهازل وعقد المكره^(٣). أما سائر العقود غير هذه الخمسة فإنها كما قلنا لا يترتب عليها أثر ولا يتعلق بها الحكم الشرعي^(٤).

(١) راجع ابن عابدين ج ٤ ص ٤ حيث يقول، مطلب في بيع المكره «وقال في البحر بيع المكره فاسد موقوف بخلاف بيع الفضولي فإنه مكروه فقط. وإن كان هذا يتعارض مع جعلهم الموقوف من أقسام الصحيح ومؤدى هذا أنه عقد صحيح موقوف لكنهم صرحوا بأن البيع مع الإكراه يثبت به الملك عند القبض للفساد فهذا التصريح بأنه عقد فاسد وقالوا إنه ينقذ فاسداً لعدم الرضا الذى هو شرط في النفاذ وأنه بالإجازة يصح ويحول الفساد وعلى هذا يكون العقد الموقوف منه ما هو فاسد كبيع المكره ومنه ما هو صحيح كبيع الصبي، وإذا ارتفع الإكراه ورضى المكره بالعقد طائفاً مختاراً ارتفع الفساد وانقلب العقد صحيحاً نافذاً كما قلنا في عقد الهازل تماماً فلا فرق بينهما على هذا ولذا قال زفر إن بيع المكره ونحوه موقوف على الإجازة بعد زوال الإكراه.

(٢) الرضا معناه الرغبة في الشيء والارتياح إليه، وقد يحدث أن يوجد الفعل من الإنسان دون أن توجد هذه الرغبة والارتياح، وإنما أقدم عليه من تلقاء نفسه مراعاة لتلافى ضرر آخر يقدره هو، أو أقدم عليه تحت تأثير الغير وتهديده... ولذا فنجد أن الاختيار قد يتحقق ويوجد مع تخلف الرضا وهذا مذهب الأحناف وسنبين ذلك بعد.

(٣) وفي الهداية ج ١ ص ١٨٢، والعناية على هامش الفتح ج ٣ ص ٣٩ وطلاق المكره واقع لأنه قصد إيقاع الطلاق في منكوحته في حال أهليته، وهذا لأنه عرف الشرين واختار أهونهما وهذا آية القصد والاختيار، إلا أنه راضٍ بحكمه وذلك غير مخل به كالهازل، وفي الفتح أن امرأة كانت تبغض زوجها فوجدته نافساً فاختلثت شفرة وجلست على صدره ثم حركتها وقالت لتطلقني ثلاثاً وإلا ذبحتك فاشددا الله فأبته فطلقها ثلاثاً، ثم جاء إلى الرسول صلى الله عليه وسلم فسأله عن ذلك فقال: «لا قبلولة في الطلاق».

(٤) يقول صاحب الدر المختار ج ٤ ص ٨ «لم يلزم بيع المكره وإن انعقد» وراجع في هذا أيضاً المصدر المذكور، وحاشية ابن عابدين عليه ج ٥ ص ٩٧، والمبسوط ج ٢٤ ص ٩٣ وما بعدها. وستكلم عن الإكراه وما به يكون في حيز الإرادة.

التعاقد بالفاظ لم توضع له،

إذا استعمل المتعاقد الفاظاً لم توضع في اللغة للدلالة على هذا العقد وإنما وضعت لشيء آخر كمن يستعمل لفظ الهبة مكان البيع والزواج أو العكس أو غير ذلك، فكل ذلك يصح معه العقد ويقع صحيحاً أيا كان موضوع التعاقد، إذ العبرة كما يقولون بالمعاني لا بالالفاظ والمباني. وهكذا يقول الأحناف، وخالفهم الشافعية والحنابلة بالنسبة لعقود الزواج فقط فلم يجيزوها بأي لفظ حتى ولو كان يفيد التملك والدوام، وإنما قصروها على لفظي زواج ونكاح فقط وما يشق منهما لخطورتها ولأن هذا العقد لم يرد في القرآن إلا بأحد هذين اللفظين وقد أشرنا إلى ذلك قبل عند الكلام عن صيغة العقد.

أن يقصد بالعقد الوصول إلى محظور لا يمكن الوصول إليه إلا بهذا،

أن يقصد المتعاقدان العبارة باعتبارها منشئة للعقد دون هزل أو إكراه ويستعملان الالفاظ التي وضعت في أصل اللغة للدلالة على هذا المعنى، ويبغيان من التعاقد ترتيب أثره الشرعي عليه، لكن لا رغبة في الحكم نفسه، وإنما باعتباره وسيلة للوصول إلى حكم آخر محظور عليهما لا يمكنهما الوصول إليه إلا عن طريق هذا العقد. أي أنهما يقصدان حقيقة العقد لكن كوسيلة أو تحايل على إخراجهما من محظور.

فيرى الشافعية وأبو حنيفة أن مثل هذه العقود صحيحة كسائر العقود التي يقصد من ورائها الوصول إلى حكمها الشرعي في ذاته لا لغرض آخر، ولم يجعلوا للقصد المحظور أي أثر في التعاقد ما دامت العبارة خلواً عما يشير إلى هذا القصد، حتى وإن كان ذلك معلوماً عند المتعاقدين وقت العقد^(١).

(١) أما إذا اشترط عند التعاقد ذلك في العقد فإنه باطل، وللشافعي قول بصحة العقد وفساد الشرط الأول، وقال أبو حنيفة: النكاح جائز والشرط فاسد كسائر الشروط الفاسدة وروى ذلك عن الثوري وابن أبي ليلى. ولابن تيمية كلام كثير في هذا وفي التدليل على بطلان عقد الزواج الذي يكون مفهوماً فيه هذا المعنى ولو ضمناً. راجع فتاوى ابن تيمية ج ٣ من أول الجزء الثالث حتى صفحة ٢٥٠، وراجع كتب الفقه في الزواج وكتب التفسير عند قوله تعالى: ﴿فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾.

والصاحبان من الاحداث وبقى الفقهاء يطلون أمثال هذه العقود التي سبب إنشائها غرض محظور، ولا أثر للعبارة في نظرهم ما دام الدليل قد قام على قصدهما إذ العبرة بالمعاني والمقاصد لا بالالفاظ، وفوق ذلك فإنها قد اتخذت وسيلة لتحقيق أمر غير مشروع، وما كانت العقود طريقاً لإباحة المحرمات أو أداة للإعانة على المعاصي والتحاييل على الاحكام. ويتفرع على هذا الآتي:

أولاً - زواج المحلل: ومن هذا القبيل زواج من طلقها زوجها ثلاثاً بآخر، وهي لا تبغى بهذا الزواج إلا أن يكون طريقاً يمكنها من أن تعود إلى عصمة زوجها الأول بعد أن يطلقها هذا الزوج^(١).

فإن الإمام أبا حنيفة والإمام الشافعي في مذهبه الجديد، يريان أن مثل هذا العقد وإن كان مستكراً أو مكروهاً كراهة تحريرية إلا أنه صحيح ونافذ وينبئ عليه أثره، ولا عبرة لقصدهما في صحة العقد ولا يلتزمان بهذا القصد لأنه شرط غير صحيح، فهما ينظران إلى الإرادة الظاهرة، ويقولان: إذا كان ما يبغيانه بهذا العقد هو الوصول إلى مجرد المحظور فإن أمر المؤاخذه على هذا لله سبحانه وتعالى، أما العقد فقد تمت أركانه وتحققت شروطه، وجمهور الفقهاء كما علمت يرون أن هذا العقد باطل ولا يترتب عليه أثره الشرعي ما دام الدليل قد قام على قصدهم الأصلي لأن العبارة لا أثر لها إذ العبرة في العقود وترتب أثرها عليها هي الإرادة الباطنة إلى غير ذلك مما قلناه.

ثانياً - بيع الحينة: ومن هذا القبيل أيضاً بيع العينة^(٢): وهو بيع يراد منه أن يكون حيلة للقرض بالربا، والتعاقد بالربا منعه الشارع قال الله تعالى: ﴿وأحل الله البيع وحرم الربا﴾^(٣)، وقال: ﴿يُمَحِّقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرِيّ الصَّدَقَاتِ﴾^(٤)

(١) الزيلعي على الكنز ج ٢ ص ٣٥٩، الدر المختار وابن عابدين عليه ج ٢ ص ٥٨٦ وما بعدها وراجع مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ١٩٨.

(٢) راجع مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢١١ وما بعدها حيث عقد فصلاً خاصاً عن بيع العينة.

(٣) سورة البقرة ج ٣/٢٧٥.

(٤) سورة البقرة ج ٣/٢٧٦.

فليتوصل المتعاقدان إلى تحقيق رغبتهما - باتخاذ الحيلة ليكون العقد مشروعاً - يشتري إبراهيم مثلاً من كامل سيارته بمبلغ ألف جنيه تدفع بعد سنة، ثم بعد تمام العقد أصبحت السيارة ملكاً خالصاً لإبراهيم يصح له أن يتصرف فيها بكل أنواع التصرفات، فيبيع إبراهيم هذه السيارة إلى كامل نفسه أو إلى وسيط آخر يبيعها بدوره له بمبلغ ثمانمائة يدفعها له كامل حالة، فتكون النتيجة أن إبراهيم أصبح مديناً لكامل بمبلغ ألف جنيه مع أنه لم يقبض منه سوى ثمانمائة، ويكون كامل قد استفاد مائتي جنيه التي هي فوائد مبلغه الذي أخذه إبراهيم، وكان محمد بن الحسن يكره بيع العينة، وكان يقول «هذا البيع في قلبى كأمثال الجبال ذميم اخترعه أكلة الربا»، وقد علمت من قبل أن الإمام أبا حنيفة والإمام الشافعى يجيزان هذا العقد مع الكراهة وإنما يؤاخذ عليه الله إذ العقد توافرت أركانه وشروطه، وجمهور الفقهاء يرون أن العقد لا ينقصد إذ العبارة لاغية لا ينقصد بها عقد، ولا يترتب عليها أثر، فملكية السيارة لا تنتقل من كامل إلى إبراهيم، وبالتالي فلا يملك إبراهيم أن يبيعها لكامل.

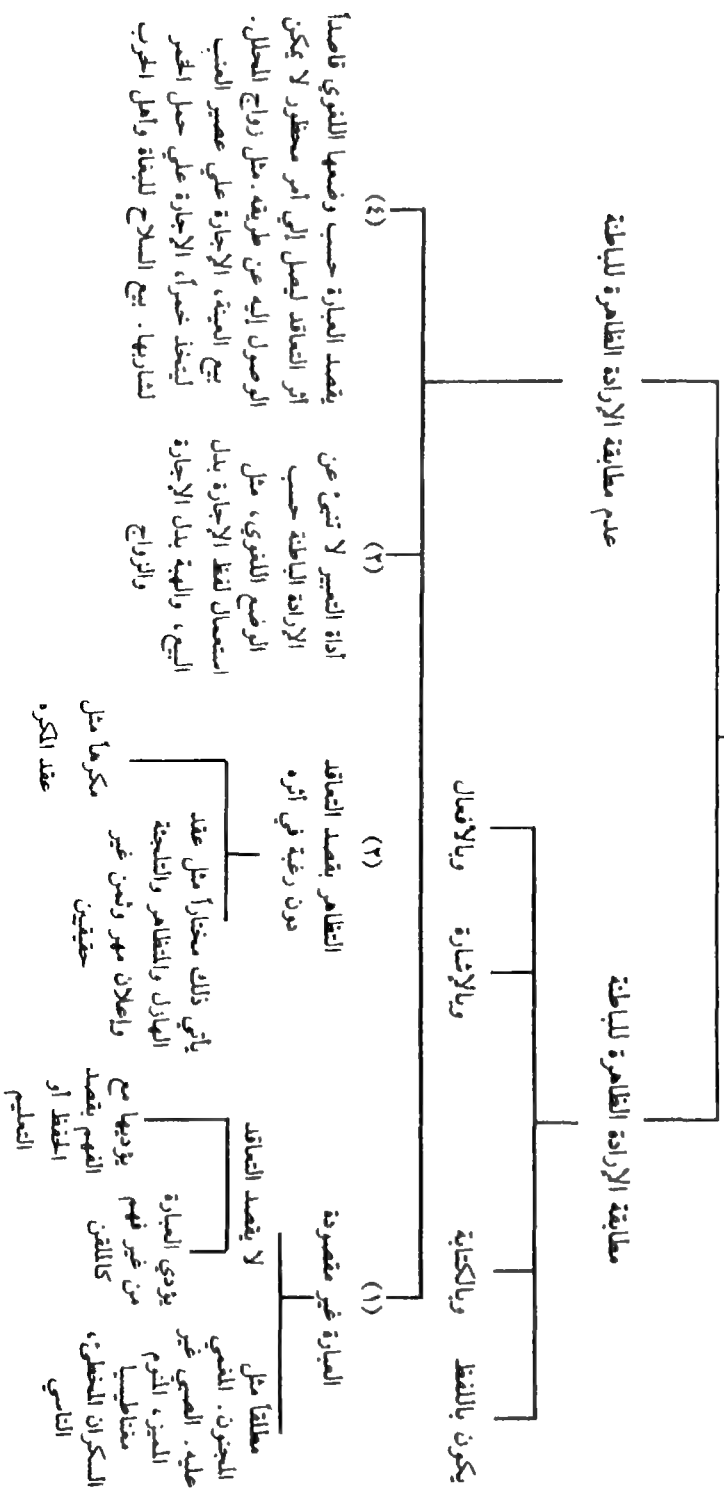
ثالثاً - الإجارة على عصير العنب لاتخاذ خمر أو أمثال ذلك، ومن هذا القبيل أيضاً الإجارة على عصير العنب لاتخاذ خمر، والإجارة على حمل الخمر لمن يشربها، وبيع السلاح للبغيّة وأهل الحرب، إلى غير ذلك الكثير مما يحتال به إلى الوصول إلى شيء محظور شرعاً عن طريق عقد مشروع. واستند الإمام أبو حنيفة والشافعى إلى عموم قول الله تعالى ﴿وأحل الله البيع﴾ وما روى عن الصحابة «بيع الحلال ممن شئت»، «لا بأس ببيع الثمر لمن يتخذه مسكراً» واستدل باقى الفقهاء بقوله تعالى ﴿ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾^(١) وهذا نهى يقتضى التحريم، وقد تكلم فى ذلك كثيراً ابن قدامة فارجع إليه إن شئت^(٢). وقد وضعت جدولاً يبين حالات العبارة مع الإرادة، وهو مطبوع فى الصفحة التالية.

(١) سورة المائدة ج ٢/٦.

(٢) المغنى ج ٤ ص ٢٢٢ وراجع الموضوع جميعه فى مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ١٩٨ إلى ص ٢١٣.

جدول يبين حالات الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة في العقود والالتزامات

حالات الإرادة الظاهرة مع الإرادة الباطنة



موقف الفقهاء من العبارة والإرادة عند تعارضهما

مما تقدم نستطيع أن نقول إن رجال الفقه الإسلامی يتجهون في موضوع الإرادة والعبارة، أو كما يقول رجال القانون الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة إلى فريقين. فالإمام الشافعی لمجد في أصوله وفروعه ما يجعلنا نقرر أنه بنى حكمه على ما تتجه العبارة، أي بنى حكمه على الإرادة الظاهرة، ويرى بالنسبة لعقد المخطئ أنه لم يقصد العبارة فلم يتحقق عنده القصد مطلقاً، ولذا لم يؤاخذه بالعبارة كما قدمنا، والاحناف في بعض فروعهم إنما يجنحون نحو هذا الاتجاه، ودليل هذا المذهب في الفقه الإسلامی أن الأحكام الدنيوية كلها بنيت على الظاهر، والنيات أمور خفية علمها عند الله، فالعقود يكون حكمها عند الناس بما تنطق به الإرادة الظاهرة فإذا اكتمل للعقد أركانه وشروطه فهو صحيح، ولا نبحت وراء ذلك عن النية فيه ما دام لا يوجد في العبارة ما يدل على خلاف ما يتتجه ظاهر العبارة.

وابن حنبل، ويقرب منه مالك يذهبان في ذلك مذهباً آخر وينظران إلى الإرادة الباطنة ويجعلانها أساساً لارتباط الأحكام بها، ما دام قد أظهرها الدليل، أما إن خفيت الإرادة الباطنة، ولا دليل يظهرها فلا اعتبار لها. وقد أشرنا إلى أن أحكام الاحناف في العقود غالباً تتماشى مع قاعدة الإرادة الباطنة أكثر من تمشيها مع الإرادة الظاهرة.

ودليل هؤلاء أن العبارة الظاهرة لا يعتد بها في الالتزام والعقد إلا باعتبارها مظهرة لمكنون النفس، دالة على حقيقة القصد، فإذا انحرفت العبارة عن الإرادة الحقيقية كان الإخبار بها إخباراً كاذباً، والإرادة الباطنة يبحث عنها بين القرائن والأدلة المنبئة عنها، فالعبرة عند هؤلاء جميعاً بما انعقد عليه العزم وتحقق به الرضا والقصد إلى السبب ولم تكن الأحكام مترتبة على الالفاظ إذ الأعمال بالنيات^(١).

(١) ولله در ابن القيم إذ يقول: «إن الله تجاوز للأمة عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم، وتجاوز عما تكلمت به مخطئة أو ناسية أو مكرهة أو غير عالة به إذا لم تكن مريدة لمعنى ما تكلمت به أو فاصدة إليه فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم» راجع إعلام الموقعين ج ٣ ص ٩٢.

القانون بین الارادتين الظاهرة والباطنة،

ويتجه رجال القانون إلى مدرستين من قديم الأزل: مدرسة الإرادة الظاهرة ويمثلها الفقه الألماني، ومدرسة الإرادة الباطنة ويمثلها الفقه الفرنسي. ولقد اتجه الفقه المصري في القانون الجديد وجهة الإرادة الظاهرة بعض الشيء بعد أن كان يجنح إلى الإرادة الباطنة في القانون القديم^(١). هذا وسنبين تفصيل موقف الفقهاء من هذا وأساس اتجاهاتهم وما يترتب على ذلك في البحث الآتي.

(١) كما يحدثنا الدكتور السنهوري عند حديثه عن المادة رقم ٨٩ من القانون المدني الجديد والتي تنص على الآتي: «يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد»، فمهد تمهيداً شيقاً جميلاً، وتكلم عن نظرية الإرادة الباطنة، ثم عن نظرية الإرادة الظاهرة، وقد أبان بعد ذلك أن القانون المصري الجديد قد انحرف انحرافاً بسيطاً عن تقاليد القانون القديم في أمر الإرادة الباطنة، بل تزحزح قليلاً نحو الإرادة الظاهرة حتى يكفل الاستقرار في التعامل. راجع الوسيط من ص ١٧٩ - ١٨٣.

المبحث الرابع

إرادة التعبير وإرادة الأثر
والتفرقة بين الرضا والاختيار

عرف الفقه الإسلامى التفرقة بين مجرد إرادة التعبير دون الرغبة فى الأثر المترتب عليه، وبين إرادة الأثر الذى يتضمن قطعاً إرادة التعبير أيضاً^(١)، وقد رتب الأحناف على هذه التفرقة، تفرقة بين الاختيار والرضا.

وهذه التفرقة وإن كانت تظهر بوضوح عند الأحناف، فإن الذى يحد من ظهورها عند الشافعية تغاليهم فى مبدأ جعلية الآثار. أى أن حكم العقد عندهم ليس نتيجة طبيعية لقصد المتعاقدين، وإنما هو جعل الشارع وإرادته، ولذا فإنهم يؤكدون الربط بين إرادة الآثار وإرادة الشارع حتى بدا الرضا والاختيار عندهم مع ذلك شيئاً واحداً.

بينما الحنابلة والمالكية يحد من ظهور هذه التفرقة عندهم بين الرضا والاختيار، اتجاهاهم القوي نحو مبدأ سلطان الإرادة، وخاصة بالنسبة للفقه الحنبلى الذى بصرح بأن الإرادة لها السلطان الأكبر فى تكوين العقد وفى الآثار التى تترتب عليه.

وإنا سنشير هنا إلى تأثير الفقه الشافعى بمبدأ جعلية الأحكام، وتأثير المذهبين الحنبلى والمالكى بمبدأ سلطان الإرادة، ثم نبين بعد ذلك موقف الفقه الحنفى وتفرقتهم بين الرضا والاختيار وما ترتب على هذه التفرقة من آثار.

الفقه الشافعى وإن وضح عند فقهاءه فى التعبير الكنائى التفرقة بين إرادة التعبير وإرادة الأثر المترتب عليه إذ يجعلون إرادة الأثر هنا متوقفة على النية، إلا أنهم يقيمون الحكم فى التعبير الصريح على إرادة التعبير وحدها، إذ التعبير

(١) راجع فى الموضوع جميعه «التعبير عن الإرادة» للدكتور محمد وحيد سوار من ص ٤٤٣ - ٤٦٢.

الصريح لا يحتاج إلى نية لأن إرادة الأثر منوطة بإرادة الشارع^(١)، فلا يكاد لهذا يتضح الفرق بين الرضا والاختيار عندهم، وإنما يظهران على أنهما لفظان مترادفان يدلان على قصد العاقد بعبارته الكاشفة عما في نفسه من رغبة في إنشاء العقد بغية الوصول إلى الآثار التي رتبها الشارع على ذلك، فإذا لم تتوافر في العبارة هذه الدلالة عما في النفس من رغبة لما تحقق اختيار للعقد ولا رضاء به، ولذا فإنه لا يتصور عندهم انعقاد العقد مطلقاً من غير تحقق الرضا، ولذا قالوا إن العقد إما أن يكون صحيحاً أو باطلاً وليست هناك درجة بين الصحة والبطان.

ومن أجل هذا أيضاً نجدهم قد وجهوا عبارة الهازل ناحية الصحة لقصده العبارة مختاراً، ولا عبرة بكونه يقصد صرف العبارة عن الآثار المترتبة عليها شرعاً، لأن هذا أمر لا يملكه إذ فيه تغيير للمشروع، والآثار إنما يتم ترتبها مع القصد إلى العبارة بإرادة من الشارع بينما نجدهم يوجهون عبارة المخطئ ناحية البطان لأنه لم يقصد العبارة مطلقاً فلم تحقق إرادة التعبير، ولا فرق في ذلك بين ما يقبل الفسخ من التصرفات كالبيع والإجارة وما لا يقبله كالطلاق والرجعة.

وكذلك نجد في الفقه الحنبلي أنه يحد من ظهور التفرقة بين الرضا والاختيار فينتج بعض فقهاء المذهب كابن تيمية وابن القيم، ومن سائرهما ناحية مبدأ سلطان الإرادة ويرون أن إرادة الأثر منوطة بإرادة العاقد، فنتيجة العقود وآثارها المترتبة عليها هو ما أوجبه المتعاقدان على أنفسهما في التعاقد كما ينص على ذلك ابن تيمية^(٢)، ورواوا أن الأحكام لا تلزم الألفاظ إلا إذا توافرت إرادة التكلم باللفظ، وإرادة

(١) وفي الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٤٢ «المراد في الكتابة قصد إيقاع الطلاق وفي الصريح قصد معنى اللفظ بحروفه لا الإيقاع لنخرج ما إذا سبق لسانه، وما إذا نوى غير معنى الطلاق،

ويدخل ما إذا قصد الإيقاع كالهازل»

(٢) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٢٣٩.

موجبه ومقتضاه^(١) لإرادة التعبير وحدها لا تكفى للالتزام بالحكم بل لابد منهما معاً، وعلى هذا فلا يتضح فرق بين الرضا والاختيار إذ مجرد القصد إلى العبارة وحده غير كاف ولا بد من آثارها المترتبة عليها أيضاً.

فهم لا يقفون من إرادة الأثر موقف الشافعى بل يقفون موقفاً مناقضاً له إذ الشافعى يأخذ بمبدأ الجعلية، ويجعل حكم العقد فى التعبير الصريح - أى أثره - غير متوقف على إرادة العاقد، وإنما هو مرتبط بإرادة الشارع.

أما فقهاء هذا المذهب فإنهم يتجهون إلى أن أثر العقد إنما يرتبط بإرادة العاقد فيه^(٢) كما أنهم لا يقيمون للعبارة وزناً إلا باعتبارها وسيلة لإظهار إرادة الأثر فإذا صاحب العبارة قرينة تنبئ عن إرادة خفية وجب اتباعها وعدم إعمال العبارة^(٣).

(١) وفى إعلام الموقعين ج ٣ ص ٧٥ «لابد من اعتبار النية والمقاصد فى الألفاظ» وأنها لا تلزم بها أحكام حتى يكون التكلم بها قاصداً لها مريداً لموجباتها... فلا بد من إرادتين: إرادة التكلم باللفظ اختياراً، وإرادة موجبه ومقتضاه. بل إرادة المعنى أكد فإنه المقصود واللفظ وسيلة، وهو قول أئمة الفتوى من علماء الإسلام، وقال مالك وأحمد فيمن قال: أنت طالق البتة. وهو يريد أن يحلف على شيء ثم بدا له فترك اليمين. لا يلزمه شيء لأنه لم يرد أن يطلقها...».

(٢) ومع هذا فنجد ابن القيم فى موضع آخر ج ٣ ص ٨٠ يقول «لأنما حصل للشخص مباشرة الأفعال والأقوال فالسبب إلى العقد وحكمه إلى الله».

(٣) ومن أجل هذا نجد أن ابن القيم فى ١١٩، يقسم الألفاظ بالنسبة إلى مقاصد المتكلمين ونياتهم وإرادتهم لمعانيها ثلاثة أقسام:

- ١ - أن تظهر مطابقة القصد للفظ.
- ٢ - ما يظهر أن التكلم لم يرد معناه.
- ٣ - ما هو ظاهر فى معناه ويحتمل إرادة التكلم له، ويحتمل إرادته لغيره، ولا دلالة على واحد منهما.

فإذا ظهر قصد المتكلم لمعنى الكلام أو لم يظهر قصد كلامه وجب حمل كلامه على ظاهره. أما إذا ظهر مراد التكلم بخلاف ما أظهره فهو الذى وقع فيه الخلاف. ثم يقول: «وقد تضافرت أدلة الشرع وقواعده على أن المقصود فى العقود معتبرة دون الألفاظ المجردة التى لم تقصد بها معانيها وحقائقها أو قصد غيرها...» كما أنه قال قبل ذلك ص ١٠٨ «إن المقاصد معتبرة فى التصرفات والعبارات» فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً وصحيحاً أو فاسداً وطاعة أو معصية».

فمبدأ سلطان الإرادة في هذا المذهب وإن لم يقف حائلاً بين الأخذ بنظرية التعبير الصريح مطلقاً بدليل قيام العقود المشوبة بعيوب الرضا في هذا المذهب وجعلها غير لازمة عدا عقد المكره فهو متردد عندهم بين البطلان وعدم اللزوم، فإنه استطاع أن يقر بطلان العقود الصورية المشوبة بخطأ في التعبير.

والفقه المالكي كالفقه الحنبلي في اتجاهاه ناحية سلطان الإرادة، وجعل الرضا بآثر العبارة في التعاقد والقصد إليه أساساً في ترتيب الأثر وظهور الحكم. فأبطل عقد الهازل والمخطن في التعبير لانعدام القصد إلى العبارة طلباً لآثارها، إذ مجرد القصد إلى التلطف يكفي لترتب الآثار، إلا أن هذا الفقه أيضاً لم يقف حائلاً بين الأخذ بنظرية التعبير الصريح مطلقاً إذ اعترف بقيام العقود المشوبة بعيوب الإرادة كالتدليس والغبن والغلط في محل العقد والإكراه أيضاً وجعلها كلها غير لازمة.

أما الاختاف فإنهم لم ينحازوا إلى مبدأ الجعلية وربط الآثار بإرادة الشارع، كما لم يتجهوا إلى مبدأ سلطان الإرادة في كل العقود ولذا وضع عندهم التفريق بين إرادة العبارة وإرادة الأثر، وفرقوا تبعاً لذلك بين الرضا والاختيار، ورأوا أن كلا منهما متميز عن الآخر.

فالاختيار، هو مجرد إرادة العبارة أو ما يقوم مقامها باعتبار أنها سبب عادي لإنشاء العقد، وأداة شرعية لوجوده سواء وجدت الرغبة في إنشاء العقد أو لم توجد، ويتم الاختيار عندهم بترجيح فعل الشيء على عدم فعله أو العكس، ويرون أن الاختيار قد يكون صحيحاً عن ميل ورغبة، وقد يكون دفعا لشر أعظم أو اختياراً لأخف الضررين^(١).

أما الرضا، فهو ارتياح النفس وانسائها عن عمل ترغب فيه، ويعرفه الفقهاء بأنه هو الرغبة في آثار العقد من ترتب الحكم الشرعي عليه عند وجوده وإنشائه^(٢).

(١) ويعرف صدر الشريعة الاختيار في كتابه التوضيح ج ٢ ص ١٩٦، بأنه القصد إلى مقدور متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه على الآخر.

(٢) ويعرفه صاحب كشف الأسرار ج ٤ ص ٢٨٢، بأنه ابتلاء الاختيار وبلوغه نهايته بحيث يفضى أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة في الوجه ونحوها.

وبذا يكون الاختيار عندهم هو مجرد القصد إلى السبب الذى هو العبارة أو ما يقوم مقامها، والرضا هو الرغبة فى الآثار، والنتائج التى هى حكم العقد، وواضح أن الرضا دائما يشمل الاختيار دون العكس، فقد يوجد الاختيار عندهم دون الرضا كعقد الهازل والمكره^(١)، فكلاهما تحقق معه الاختيار دون الرضا، وقد تبين أن قواعد الأحناف تفيد أن الأساس الأول لانعقاد العقد هو تحقيق الاختيار لأن به يوجد العقد وتتكون صورته ما دام العاقد قد قصد إلى العبارة المؤدية إليه أو ما يقوم مقامها، أما ترتب الحكم الشرعى على هذا التعاقد، وإلزام هذه العبارة لصاحبها فإنه يرجع إلى تحقق الرضا، أى إرادة الأثر، فالرضا وإن لزم لصحة العقد فإنه لا يلزم لمجرد انعقاده ووجوده فى الخارج، أى أن الاختيار الذى هو القصد إلى العبارة ركن لانعقاد العقد، أما الرضا بالآثار المترتبة على هذا العقد فإنه شرط صحة التصرف^(٢) وليس ركناً.

وقد ترتب على تفرقة الأحناف بين الاختيار والرضا وجود قسم للعقد لم يوجد عند غيرهم من الفقهاء هو العقد الفاسد^(٣) وسيأتى بيانه، فإذا تحقق الاختيار دون الرضا انعقد العقد عندهم فاسداً وينقلب صحيحاً إذا تحقق الرضا فى الوقت المناسب، وإذا لم يتحقق شيء من الرضا والاختيار كان العقد باطلاً لا اعتبار له وتكون العبارة لغوياً، أما إذا تحقق الرضا وهذا يستتبع تحقق الاختيار حتماً فإن

(١) يقول الكمال فى الفتح ج ٢ ص ٢٤٨ «وأما الهازل لمريد معنى اللفظ غير مرید لحكمه» وأما المكره فيقول صاحب الهداية ج ٢ ص ١٨٣ «لأنه عرف الشرين واختار أهونهما، وهذا غاية القصد والاختيار إلا أنه غير راض بحكمه» أما عقد المجنون ومن فى حكمه ومن سبق الحديث عنهم فإنه لم يتحقق معهم اختيار ولا رضا. فتخلف عنصر الإرادة.

(٢) الفتح ج ٥ ص ٧٤ والفتاوى الهندية ج ٣ ص ٢ ورد المختار ج ٤ ص ٤.

(٣) يقول الأستاذ الدكتور السهورى فى كتابه مصادر الحق ج ٤ ص ٢٩٩ «إن فكرة العقد الفاسد فى الفقه الحنفى لفكرة رائعة فى الصناعة الفقهية وإنها لتدل كيف يخطو خطوة خطوة فى مراحل التطور عن طريق الصناعة الفنية ويقول قبل ذلك مباشرة «الفقه الحنفى عمل بهذا على التخفيف من الأسباب الكثيرة التى تضعف من قوة العقد، والفقه الغربى ليس فى حاجة إلى العقد الفاسد لأنه خطأ مراحل فى قوة العقد الملزمة استبعد فيها الأسباب الكثيرة التى تضعف من هذه القوة فأجار اقتران العقد بالشرط وضيق من نطاق الفرر»

العقد يكون صحيحاً، وبذا يكون العقد عندهم صحيحاً وباطلاً وفاسداً ولولا وجود هذه المنزلة الوسط بين الصحة والبطلان التي أوجدها الأحناف لما تعدد الجزاء على مخالفة العبارة للإرادة ولكن الجزاء واحداً كما هو عند غيرهم.

وبناء على هذه التفرقة بين الرضا والاختيار وإيجاد قسم الفساد، لمجدهم أوجدوا بعض أنواع من التصرفات أقاموا فيها مجرد القصد إلى العبارة عن تصح عبارته مقام إرادة الأثر وهي من التصرفات التي لا تقبل الفسخ كالنكاح والطلاق والرجعة، وهي من التصرفات التي جاءت بها روايات حديث «ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد» ورتب الأحناف ومن تابعهم على ذلك صحتها وقد سبق بيانه.

أما بالنسبة للعقود التي تقبل الفسخ كالبيع والإجارة فإن كان العاقد له إرادة وقصد، وعبارته معتبرة صدرت باختياره الصحيح دون إكراه فإن العقد يكون صحيحاً، وإن كان الاختيار فاسداً بأن كان مكرهاً أو مخطئاً في العبارة أو هارلاً فإن العقد ينعقد فاسداً، وقد يتقلب صحيحاً إذا تحقق الرضا بعد ذلك، وإلا فإذا كان الشخص عبارته غير معتبرة كالمجنون والصبي غير المميز ومن في حكمهما كانت التصرفات والعقود كلها باطلة لا يترتب عليها أي أثر.

وأخيراً فالفقہ الإسلامی وإن كان ينحاز إلى جانب نظرية الإرادة الظاهرة^(١) فإنه في الواقع يتجه ناحية الإرادة الباطنة ويأخذ بها كثيراً، وإن كان مدى هذا الانحياز الأخير يظهر بوضوح في الفقہ الحنبلي والمالكي اللذين يتجهان إلى مبدأ سلطان الإرادة والرضائية في العقود، ويظهر أقل وضوحاً في الفقہ الحنفي ثم لا يكاد يبين في الفقہ الشافعي على ما سبق.

(١) ولقد عرض الدكتور محمد وحيد سوار في رسالته التمييز عن الإرادة من ٤٦٢ - ٤٦٨ الآراء التي تناولت موقف الفقہ الإسلامی من نظريتي الإرادة الظاهرة والباطنة، ونقل ما قاله الدكتور السنهوري من أن الفقہ الإسلامی قد أخذ بالإرادة الظاهرة، كما نقل ما قاله الأستاذ صبحي محمدي من أن الفقہ الإسلامی أخذ بالإرادة الباطنة، ثم خُصص أخيراً بما يتفق مع ما ذكرناه وما قلناه قبل في كتابنا الفقہ الإسلامی سنة ١٩٥٥، وتاريخ التشريع الإسلامی سنة ١٩٥٨.

هذا وقد اتفق الفقهاء على أن الرضا فى عقد الزواج لا يكفى لصحة العقد وترتب أثره عليه، وإنما اشترطوا الإعلان والشهادة لأنه غرض مقصود فى الزواج، وبذا يكون عقد الزواج بهذا الاعتبار من العقود الشكلية، كما توجد عقود فى الفقه الإسلامى تتوقف على التسليم كالهبة. فهى تشبه العقود التى يسميها رجال القانون بالعقود العينية.

إلا أن العقود الشكلية فى الفقه الإسلامى قليلة ومحددة، وأن هذا الفقه يغلب على طابعه فى أغلب العقود الناحية الرضائية، أى أنه بمجرد تمام هذا الرضا بالعقد يتم وترتب أثره عليه دون توقف على شىء آخر إلا ما يظهر هذا الرضا من عبارة أو ما يقوم مقامها. يقول الله تعالى^(١) ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ ويقول الرسول عليه السلام «إنما البيع عن تراض» وبذا نستطيع القول بأن العقود الشرعية عقود رضائية^(٢).

ومع هذا فمبادئ التشريع الإسلامى الذى يرمى مصالح الناس، لا تمنع، بل قد تتطلب بعض النواحي الشكلية فى العقود تبعاً لاختلاف أحوال الناس وخضوعاً لما فيه صالحهم كاشتراط توثيق العقود، أو الاشهاد عليها واشتراط تسجيلها.

(١) سورة النساء ج ٥/ ٢٩.

(٢) وفى مصادر الحق للدكتور السهورى ج ٣ ص ١٥٣ «لعل الفقه الإسلامى استغنى بفكرة وحدة العقد وفكرة اللفظية وفكرة مجلس العقد عن الشكلية فى العقود. تلك الشكلية التى بدأت فى القانون الرومانى رسوماً وأوضاعاً ساذجة، وجاءت فى الفقه الإسلامى ضرباً من الشكلية أكثر تهذيباً» ولكن هذا القول بإطلاق يبدو أنه محل نظر لأن هذه الأمور محل تفصيل عند الفقهاء، على أن الفقهاء قصدوا بمراعاتها فى الغالب تحقق الرضا على وجه سليم فلوحظ بوحدة العقد عدم جموح الإرادة فى اشتراطاتها دون قيد، ولوحظ باللفظية التى ذكروها باستعمال الفعل الماضى أو ما يودى معناه والإخبار عن رضاه قد تحقق ووجد فعلاً، ولوحظ فى مجلس العقد وجود فترة ترو قبل الالتزام. ويقول الدكتور محمد وحيد سوار فى التعبير عن الإرادة ص ٤٨٥ «إن الصناعة الفقهية الإسلامية إذ أوجدت مبدأ الرضائية فإنها أوجدت فى نفس الوقت ما يشبه صمامة الأمان».

المبحث الخامس

الإرادة المنفردة وتكوين العقد

الالتزام من جانب واحد يتم بالإرادة المنفردة:

إذا عزم شخص على شيء فيه التزام له من غير أن يتوقف على التزام أو قبول من جانب آخر كان ملزماً ما دام قد أظهره بأداة من أدوات التعبير وهذا كثير فى الفقه الإسلامى، ومن أمثلته الطلاق والرجعة والإبراء من الحقوق المجردة واليمين والوقف والوصية على جهات الخير، فبمجرد قول الرجل لامرأته أنت طالق، وقول المشتري للبائع أبرأتك من العيب الذى يظهر فى المبيع، وقول المطلق فى عدة مطلقاته رجعيّاً راجعتك. طلقت زوجته وبرىء البائع من العيب وعادت المطلقة إلى عصمتها من غير توقف على قبول الطرف الآخر أو الالتزام منه، وبمجرد أن يقسم الشخص على فعل شيء أو تركه أصبح ملتزماً أمام الله، وفى الوقف على الفقراء والمساكين من غير حصر لهم ولا تعيين^(١) وفى الوصية على الجهات التى لا تتعين بأشخاص ما دام الموصى قد مات مصراً على وصيته فإنه يتم الالتزام فى ذلك جميعه بالإرادة المنفردة التى تظهرها العبارة^(٢)، وهكذا بالنسبة لسائر الإسقاطات المحصنة، لأن الساقط لا يعود، وما دامت هى إسقاطات محصنة فإنها لا تتوقف على قبول من أحد أو التزام، أما الإسقاطات التى فى معنى التملك كإسقاط الدين عن المدين فإنه لا يتم الالتزام فيه بمجرد الإسقاط، إذ أن من حق المدين أن يرد هذا الإسقاط وتأبى عليه كرامته المنة فإذا رفض بقى الدين كما هو وارث الإسقاط برده، وأما الوقف على شخص معين ومن بعده على غيره فإن

(١) على تفصيل فى أن الوقف يحتاج إلى قبول إذا تعين الموقف عليهم أم لا. راجع شرح قانون

الوقف ٤٨ سنة ١٩٤٦ لأستاذنا الجليل الشيخ محمد أحمد فرج السهورى عند شرح المادة (٩)

من ص ١٣٤ - ١٤٣. وراجع لنا الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية.

(٢) وقد اشترطت المادتان ١، ٢ من القانون المذكور لصحة الوقف أن يصدر به إشهاد من يملكه

لدى المحكمة الشرعية التى بدائرتها أعيان الوقف كله أم أكثرها قيمة.

الاستحقاق يسقط برد الموقوف عليه وعدم قبول ما فرضه الواقف له . وكذا الوصية لمعين فإنها يمكن أن ترتد بالرد فلا يتم بها الالتزام إلا إذا قبلها الموصى له من غير رد لها، إذ القاعدة أنه لا يمكن لأحد أن يدخل شيئاً فى ملك غيره إلا برضاه، مع ملاحظة ما يراه مالك من أن عقود التبرعات ملزمة للمتبرع بمجرد الإيجاب ما لم يوجد مانع قبل الحيازة من الطرف الآخر.

الجهالة، ومن هذا القبيل ما أسماه الفقهاء بالجمالة، وهى أن يلتزم شخص بأجر أو مكافأة لآخر نظير أن يقوم بعمل من غير تحديد وقت القيام به^(١).

وأساس مشروعيتها قول الله تعالى: ﴿فلما جهزهم بجهازهم جعل السقاية فى رحل أخيه ثم أذن مؤذن أيتها العير إنكم لسارقون﴾ قالوا وأقبلوا عليهم ماذا تفقدون؟ قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم^(٢)، وقول الرسول عليه السلام فى غزوة حنين «من قتل قتيلاً فله سلبه» والأصل أنه لا يجوز أن يحدد

(١) يقول الفيلسوف ابن رشد «الجعل هو أن تجعل للرجل جعلاً على عمل يعمل به إن أكمل العمل وإلا فلم يكن له أى شيء وذبح عناؤه باطلاً، وهذا أجازه مالك وأصحابه، ما دام لا منفعة له فيه للجاعل إلا بتمامه، وخلافاً لأبي حنيفة والشافعى فى أحد قوليه، والجمالة فى القياس غرر إلا أن الشرع قد أجازها». راجع مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٣٠٤ - ٣١٠، وشرح منهاج الطالب وحواشيه ج ٣ ص ١٣٠ والجمالة بكسر الجيم على الانصاح ويجوز فيها الفتح والضم وجمعها جمائل.

(٢) سورة يوسف ج ١٢ / ٧٠ / ٧٢ السقاية ما يقى به وكانت من الذهب وقيل من فضة عموة بالذهب أو مرصعة بالجواهر، وقيل إناء يشرب به الملك ويكال به الطعام للناس. وقيل تسقى به الدواب وتكال به الحبوب. روح المعانى ج ٣ ص ٣٤، وعلى كل فهى شيء يعتز به وما يستعمل عند الملوك فهى جليلة القيمة. والمراد بأيتها العير أى بأصحاب القافلة، ماذا تفقدون فقد عدم الشيء بعد وجوده وقيل هو عدم الشيء بأن يفضل عنك لا بملكك. وفى هذا إرشاد للتعبير الواجب بدل الاتهام بالسرقة من غير تأكيد، وقالوا نفقد صواع الملك مبالغة فى الإيضاح بدل أن يقولوا نفقد سقاية الملك، ومعنى أنا به زعيم أى كفيل بالأداء. واستدلوا بهذه الآية على جواز تعليل الكفالة بسبب وجود المال وهى المجيء بصواع. وشرع من قبلنا شرع لنا، إذا مضى من غير إنكار. وقال بعض الشافعية «إن هذه الآية محمولة على الجمالة لما يأتى له لا لبيان الكفالة، فالجمالة من المنادى نفسه...» روح المعانى للالوسى ج ١٣ ص ٢٥، ٢٦ وشرح المنهاج ج ٣ ص ١٣٠ وما بعدها.

للمجمول له وقت معين، وله أن يرد قبل الشروع أو بعده، ولا شيء له إلا بتمام العمل الذي جعلت الجعالة من أجله.

واشترطوا لصحة الجعالة ألا يكون الفعل مما يلزم المجمول له عمله فلو قال لآخر إن جئتني ببيعري الشارد أو بمتاعى الضائع فلك عندى كذا وكان البعير أو المتاع عند ذلك الشخص، أو كان يعلم مكانه فإنه يجب عليه رده إلى صاحبه دون أن يطالبه الالتزام^(١).

واختلف في الجاعل: ف قيل إن الجعل يلزمه بالعقد، وقيل لا يلزمه حتى يشرع الآخر في العمل لثلا يبطل عمله، فإذا مات الجاعل قبل أن يشرع الآخر في العمل على الرواية الأولى، أو بعد شروعه في العمل على الرواية الثانية. يلزم ورثته، وإن مات المجمول له كذلك نزل ورثته منزلته وليس للجاعل منهم^(٢). ويستحق الجعل بفعل الشيء الذي من أجله التزم بالجعل ويجب أن يكون الجعل معلوما إن كان الجعل مما في يده أو من ماله المعين، كمن يقول من وجد ضالتي فله كذا. فهذه المكافأة يجب أن تكون معلومة لأنها جعالة بعوض من مال معلوم فوجب أن يكون الجعل معلوما، أما إذا كان الجعل من نفس الشيء الذي يبحث عنه وكان الجعل بسببه كأن يجعل له جزءا من مال العدو الذي يهاجمه، ومثل أن تجعل الدولة لمن يعثر على منجم أو حقل بترول قدراً معيناً منه كالخمس مثلاً، جار أن يكون الجعل مجهولاً جهالة لا تمنع التسليم ولا تفضي إلى التنازع، لأن النبي عليه السلام جعل للسرية الثلث والربع مما غنموه وهو مجهول إذ الغنيمة كلها مجهولة ولأنه مما تدعو الحاجة إليه، والجعالة إنما تجوز بحسب الحاجة^(٣).

(١) راجع الالتزامات للحطاب ص ٤٥.

(٢) راجع البدائع ج ٦ ص ٢٠٦، المغنى ج ٨ ص ٣٨١.

(٣) يقول جلال الدين المحلي في شرح منهاج الطالبين ج ٣ ص ١٣٩ «ويشترط كون الجعل معلوماً إذ لا حاجة إلى جهالة بخلاف العمل، فلو قال من رد على بيعري الشارد فله ثواب أو أرضيه فسد العقد، وللمراد المجمول له أجر المثل كالإجارة الفاسدة».

فالجماعة كما تكون لشخص معين تكون لأى شخص يقوم بالعمل من غير أن يكون معلوما لدى العاقد، كقوله للغزاة من دخل هذا الحصن أولا فله كذا. وكما جاء فى الآية الكريمة: ﴿ولمن جاء به حمل بعير﴾، فهنا التزم الجاعل بالمكافأة لا لشخص بعينه، ولم يقابل التزامه قبولا أو التزاماً آخر. ومن هذا القليل جعل مكافأة معينة للمتفوقين فى امتحان كذا أو لمن يرد عليه ضالته، أو من يعثر على منجم أو آثار، أو من يقبض على هارب أو يرشد إلى مجرم، إلى غير ذلك من المصالح العامة أو الخاصة التى يعلن فيها عن مكافأة لمن يقوم بها^(١)، وتكون من قبيل حث الهمم والتشجيع على الجهاد فى سبيل الخير والصلاح، فلزم أن يكون هذا ملزماً لا يصح للجاعل أن ينكث عهده، والجاعل ملتزم بما جعل، وخصوصاً بعد أن يشرع فرد أو جماعة فى العمل، ولكن ينقل بعض الكتاب عن الفقهاء^(٢)، أنهم يرون أن هذا الوعد غير ملزم لصاحبه ولمن قام بالعمل أجر المثل عند عدول الجاعل عن الوعد السابق بالمكافأة، وينقلون عن أبى حنيفة أنه لا يجيز ذلك لما يترتب عليه من غرر.

(١) يقول الكاسانى فى البدائع ج ٦ ص ٢٠٦ «إذا قال شخص لصاحبه إن سبقتنى فلك كذا أو قال السلطان لرجلين من سبق منكما فله كذا، أو قال للغزاة من دخل هذا الحصن أولا فله كذا جار لأن جميعه من باب التحريض والتدريب على الجهاد. وإذا لم يتحقق هذا المعنى فلا يجوز إذ يبقى الرهان التزام المال بشرط لا منفعة فيه»، وفى المغنى ج ٨ ص ٣٨١ «إذا قال الأمير من طلع هذا الحصن أو هد هذا السور أو ثقب هذا النقب أو فعل كذا فله كذا أو من جاء بأسير فله كذا جائز فى قول أكثر أهل العلم» ثم يقول فى ج ٨ ص ٣٨٣ «ويجوز للإمام أو نائبه أن يبذلا جعلاً لمن يده على ما فيه مصلحة للمسلمين مثل طريق سهل أو ماء فى مفارة أو قلعة يفتحها أو مال يأخذه أو عدو يغير عليه أو ثغرة يدخل منها لا نعلم فى هذا خلافاً لأنه جعل فى مصلحة فجار».

(٢) راجع الأموال ونظرية العقد للأستاذ الدكتور محمد يوسف ص ٢٧٦، والنظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية للأستاذ الدكتور شفيق شحاته ج ١ ص ١٧٠ - ١٧١ ولعل هذا يوافق ما جاء بالمتهاج ج ٣ ص ١٣٣ «لكل منهما الفسخ قبل تمام العمل فإن فسخ أحدهما قبل الشروع أو فسخ العامل بعد الشروع فلا شيء، وإن فسخ المالك بعد الشروع فعليه أجره المثل وقيل لا شيء».

ولنا أن نقول أنه يمكن اعتبار من قام بالعمل على ما وعد به الجاعل قابلاً ضمناً للإيجاب ما دام قد علم به، وبذا نكون أمام عقد مكون من إيجاب وقبول إن لم يتعين فيه القابل وقت توجييه الإيجاب إلا أنه قد تمين بالقبول^(١) وخصوصاً إذا كان الذي قام بالعمل من طبيعة عمله أن يفعل ذلك، وفي شرح المنهاج لا يشترط قبول العامل وإن عينه الجاعل بل يكفي الإتيان بالعمل.

أما إذا كان من قام بالعمل لم يعلم بالمكافأة وقام به من نفسه كمن يجد ما لا ضائماً فيرده إلى صاحبه الذي وعد بمكافأة لمن يجده - وهو لا يعلم بهذا الوعد، فإن هذا يكون من باب الالتزام بالإرادة المنفردة وينطبق عليه ما نقلناه لك عن ابن رشد من أن الشافعي ورواية عن مالك على أنه لا يستحق الجائزة مطلقاً وهو رواية أخرى عن مالك وظاهر مذهب أحمد^(٢).

العقد والإرادة المنفردة:

جمهور الفقهاء متفقون على أن الإيجاب بمفرده غير ملزم لصاحبه ما دام لم يتصل به القبول في المجلس، وعلى ذلك فمن حق الموجب أن يرجع عن إيجابه حتى في مجلس العقد قبل قبول الآخر، ولم يخالف في ذلك إلا المالكية فإنهم رأوا أن الموجب يلتزم بإيجابه أمام من وجه إليه الإيجاب حتى ينتهي مجلس العقد أو يظهر رأيه في الإيجاب. وعلى هذا فالإيجاب قبل اتصاله بالقبول لا يكون ملزماً في الفقه الإسلامي إلا في مسألة تملك الزوج لزوجته أمر نفسها، بأن يجعل لها أن تطلق نفسها فإن الزوج ليس له بعد ذلك أن يرجع في إيجابه في المجلس

(١) وهذا مثل البيع بالمزاد العلني فإن الإيجاب فيه لم يوجه لشخص بعينه. وقد حدث أن جاء رجل من الأنصار يسأل الرسول ما يقوت به نفسه وأهله، فقال له «ما في بيتك شيء فقال الرجل بل حلس نلبس بعضه ونسبط بعضه وقعب نشرب فيه الماء - الحلس: الثوب الخشن، والقعب: القدح فقال له اتني بهما. فلما جاء بهما أخذهما بدرهمين. فأعطاهما إياه، وأعطى الأنصاري الدرهمين وقال له: اشتر بأحدهما طعاماً فأنبذه إلى أهلك، واشتر بالآخر قدوماً فأتني به، فلما أتاه بالقدوم شد فيه عوداً وقال له: اذهب احتطب وكل...» فهذا يفيد شرعية التزايد.

(٢) وقد تناولت المادة ١٦٢ من القانون هذا الموضوع وستأوله فيما بعد.

لأن إيجابه يعتبر طلاقاً من جهته معلقاً على قبولها فرجوعه بمثابة إسقاط معلق. والإسقاطات إن كانت معلقة فليس للمسقط حق الرجوع. ومع هذا فإذا لم تقبل الزوجة الإيجاب في المجلس كان إيجاباً غير ملزم بعد المجلس لأنه عقد تمليك وهو لا يتم إلا بإيجاب وقبول.

هل يتم الإيجاب والقبول من شخص واحد،

إذا وكل شخص غيره لبيع له شيئاً، ووكله آخر في أن يشتري له شيئاً بما هو وكيل في بيعه فهو وكيل عن الراغب في البيع وعن الراغب في الشراء، وكذا إذا وكل شخص غيره في أن يزوج به فلانة ووكلته هي في أن يزوجها بنفس الشخص، فهل يصح أن يجري الوكيل عقد البيع وعقد الزواج بعبارته الواحدة التي تمثل إرادته المنفردة باعتباره وكيلاً عنهما، وكذلك لو كان ولياً أو وصياً، أو كان وكيلاً عن أحدهما أو ولياً أو وصياً عن الآخر؟ الفقهاء متباعدون في الرأي تباعداً بيناً، ومن بين أسباب هذا اختلافهم في التزام الوكيل بحقوق العقود^(١) التي يباشرها.

فالأخلاف يرون أن الوكيل هو الملزم بكل ما يستتبع عقود المفاوضات من آثار كالمطالبة بالثمن أو المطالبة بتسليم المبيع أو رده إن ظهر به عيب لأنه هو الذي باشر العقد، ولم يكن للموكل صفة في العقد، وخالفهم في ذلك جمهور الفقهاء، أما غير المفاوضات فالحقوق ترجع إلى الأصل اتفاقاً، وعلى ضوء هذا وغيره نقدم لك رأى الفقهاء.

يرى المالكية والحنابلة أنه يصح التعاقد بإرادة واحدة في جميع العقود إذ إرادته تمثل إرادتين وعبارته تمثل عبارتين ولا ضمير في ذلك، لأن حقوق العقد إنما ترجع إلى الموكل في كل العقود، فيصح أن يتولى شخص واحد العقد بمفرده،

(١) حقوق العقد ما يستتبعه من التزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتكمله بما ثبتت حقاً لطرفيه وسيأتي بيان ذلك في الوكالة.

فيقول روجت فلانة إلى فلان؛ أو بعث دار على لخالد، بل أجاز الحنابلة للشخص أن يكون وكيلًا عن المدعى وعن المدعى عليه في نفس الوقت^(١).

وبعكس ذلك تمجد زفر من الأحناف يمنع جواز انعقاد العقد بإرادة واحدة وشخص واحد في جميع العقود، لأنها تكون من إيجاب وقبول يمثل كل منهما إرادة مستقلة، ولأنه بالنسبة لعقود المعاوضات إنما ترجع حقوق العقد إلى الوكيل فكيف يجمع بين حقيقتين متناقضتين، وأما بالنسبة لعقود الزواج فلقول الرسول: «كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح: خاطب وولى وشاهدا عدل» فاشتراط الخاطب والولى، ولو كان يصح أن يتم عقد الزواج بإرادة واحدة لما اشترط الخاطب مع ولى الزوجة^(٢).

والشافعي مع زفر في منع انعقاد العقد بالإرادة المنفردة غير أنه استثنى من ذلك حالة الولي، كالجدة مثلاً بالنسبة لحفيديه فإنه يملك أن يزوج حفيده الذي في ولايته من حفيده التي في ولايته، ويرى أن ولاية الإيجاب لا تثبت إلا للاب والجد فقط^(٣).

(١) راجع كشاف القناع ج ٢ ص ٢٣٨، وفي المغني ج ٥ ص ١٠٩ «وإن وكل رجل آخر في بيع عبده ووكله آخر في شراء عبد فقياس المذهب أنه يجوز أن يشتريه من نفسه لأنه أذن له من طرفي العقد فجاء له أن يبيعها إذا كان غير متهم، كالأب يشتري من مال ولده لنفسه، ولو وكله المتدعيان في الدعوى عنهما فالقياس جوازه لأنه يمكنه الدعوى عن أحدهما والجواب عن الآخر وإقامة حجة كل واحد منهما» وأرى أن إجازة الوكالة في الخصومة أمام القضاء عن الطرفين توقع الوكيل في شيء من الحرج وإن كان أساس نظرة ابن حنبل أن الوكيل سينقل كلام الموكل وحجته كما هي فقط.

(٢) راجع البدائع ج ٢ ص ٢٣١، ٢٣٢ وفي الهداية ج ٥ ص ١٥٩ «وإذا أذنت المرأة للرجل أن يزوجه من نفسه فعقد يحضرة شاهدين جاز، وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز لأن الواحد لا يتصور أن يكون مملوكًا ومتملكًا كما في البيع» وفي الفتح ج ٢ ص ٢٤٧ «لا يجوز كونه وكيلًا من الجانبين لتضاد حكمي التمليك والتملك».

(٣) راجع نهاية المحتاج ج ٥ ص ١٩٣. وفي البدائع «إلا أن الشافعي يقول في مسألة الولي إنها حالة ضرورة لأن النكاح لا يتم بلا ولى فإذا كان الولي متعيباً فلو لم يجز نكاح المولية لامتنع نكاحها أصلاً وهذا لا يجوز وهذه الضرورة ممتعة في الوكيل».



والأحناف عدا زفر يفرقون بين العقود فيمنعون ذلك بالنسبة لعقود البيع وما في حكمها ويجيزونه في عقود الزواج، فقالوا إن الواحد يصح أن يكون معبراً عن اثنين وأن تتضمن عبارته عبارتين: إيجاباً وقبولا، وأن يتم العقد ويترتب عليه أثره الشرعى بإرادة واحدة في عقود الزواج، سواء أكان مباشر لعقد ولياً جداً أم عمّاً أم ابن عم أو وكيل^(١). أما عقود المعاوضات فلإنها لا تصح بإرادة واحدة ولا بد لتمامها من وجود إرادتين لشخصين حقيقيين إحداهما تمثل الإيجاب والأخرى تمثل القبول، ولأن الحقوق فيها ترجع إلى من باشر العقد.

واستثنوا من ذلك بيع الولي - أباً كان أو جداً - مال الصغير لنفسه أو لغيره ممن في ولايته، وكذا بيع القاضى مال القاصر لقاصر آخر لأن القاضى ولي من لا ولي له، وكذا بيع القاضى من مال وقف إلى جهة وقف آخر كلاهما في ولايته. واستدل علي إجازته بالنسبة لعقود الزواج مطلقاً بأن حقوق العقد ترجع لأحناف لصاحب الشأن اتفاقاً فيها، وبما روى أن الرسول قال لرجل: «أترضى أن أزوجه فلانة؟ فقال: نعم، وقال للمرأة: أترضين أن أزوجه فلانة؟ فقالت: نعم. فزوج أحدهما بصاحبه».

العقد بإرادة واحدة والعاقدة طرف فيه: إذا باشر شخص العقد بإرادته المنفردة باعتباره أصيلاً ووكيلاً. كأن يكون وكيلاً عن المشتري في شراء شيء له فباعه ما عنده وبأشركه العقد منفرداً بإرادته، أو أن توكل امرأة رجلاً في أن يزوجه من نفسه، أو أن يكون ابن عم وفي ولايته ابنة عمه الصغيرة التى لا ولي لها سواء عقد عليها لنفسه، فالإمام الشافعى على حسب قواعد مذهبه التى بينهاها لا يجيز شيئاً من هذا لأن العقد عنده لا يمكن أن يتولاه شخص واحد إلا فى تزويج

(١) ما دام لتولى العقد صفة بالنسبة لكل من الزوجين وكيلاً أم ولياً أو وصياً أو أصيلاً أو شيئاً من ذلك كما يرى الإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسن، أما أبو يوسف فلا يشترط ذلك ويجيز أن يباشر العقد الشخص الواحد بإرادته المنفردة حتى ولو كان فضولياً فإن العقد ينقذ موقوفاً على إجازة الأصيل. وقد احتج على أن العقد ينقذ بالعبارة الواحدة ولو كان صاحبها فضولياً بأنها قائمة مقام عبارتتين وهى تعبر عن شخصين وإن لم تكن له ولاية عليهما أو على أحدهما.

الولى لحفيديه للضرورة، وقد منع زفر دون استثناء، أما مالك وابن حنبل^(١) فقد أجارا ذلك، أما الاحناف فيفرون بين العقود، إذ يجيزون ذلك فى عقود الزواج فله أن يتزوج ممن وكلته فى زواجها منه أو فى الزواج من شخص غير معين، أما فى عقود المعاوضات فلا يصح إلا ما سبق ذكره - وهم جميعاً على حسب ما تقدم بالنسبة لمباشرته العقد للغير، اللهم إلا بعض اشتراطات يشترطها الفقهاء منعاً للمحاباة، فمثلاً يقول ابن حنبل: لا بد أن يأخذ الوكيل لنفسه بثمن أكثر.

أما القانون^(٢) فقد ضيق جوار الالتزام بالإرادة المنفردة حتى يكاد يكون قد حصره فى الجمالة، أما تعاقد الشخص مع نفسه باسم من ينوب عنه فقد منعه القانون إلا بتصريح من صاحب الشأن ومراعاة ما تقضى به القواعد التجارية والقانون^(٣)، ويفرق القانونيون بين العقد الملزم لجانب واحد Contrat-unilateral وبين التصرف الملزم من جانب واحد Acte-juridique-unilateral وقالوا إن الأول تجب فيه إرادتان مثل الهبة بغير عوض، والوديعة بغير أجر، والرهن الرسمى، والكفالة، وهذه العقود وإن كانت فى القانون الجديد قد تحولت إلى عقود ملزمة للجانبين، فلم يبق إلا الوديعة بغير أجر، وأما الثانى وهو التصرف الملزم من جانب واحد فهو مثل الوعد بجائزة والوصية والوقف^(٤).

(١) وفى رواية عن أحمد أنه يمنع إذا كان وكيلًا عن البائع واشتره لنفسه - راجع المغنى المكان السابق.

(٢) المادة ١٦٢ تنص على: «من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها وإذا لم يعين الواعد أجلاً بالعمل جاز له الرجوع فى وعده بإعلان للجمهور على ألا يؤثر ذلك فى حق من أتم العمل قبل الرجوع فى الوعد، وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور».

(٣) تنص المادة ١٠٨: «لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب آخر، دون ترخيص من الأصل. على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجبر على التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة».

(٤) مصادر الالتزام للأستاذ الدكتور حشمت أبو ستيت ص ٥٩. هذا وقد حدثنا الأستاذ الدكتور السنهورى حديثاً فياضاً عن المدارس القانونية فى الالتزام - وأن هناك المذهب الشخصى والمذهب المادى، كما توسع فى الكلام عن تعاقد الشخص مع نفسه فأرجع إليه فى كتابه الوسيط من ص ١٦ إلى ١١١ ومن ٢٠١ إلى ٢٠٥.

الفصل الثالث

محل العقد

محل العقد وشروطه^[١]

محل العقد وهو ما تتعلق به أحكامه وآثاره أو ما كان التعاقد بخصوصه، ولا بد لكل عقد من محل يضاف إليه وهو في البيع المبيع، وفي عقد الإجارة المنفعة، وفي عقد العمل عمله، وفي الزواج المنفعة المتبادلة بين الزوجين^٢، فمحل العقد لا يخرج عن أن يكون مالا، أو عملاً، أو منفعة.

وقد يرد على محل العقد ما يجعله غير قابل للتعاقد عليه شرعاً، يقول الرسول بالنسبة للخمر: «إن الذي حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها، ومع هذا فإنه يصلح محلاً للتعاقد بالنسبة لغير المسلمين»^(٢).

وكورود حكم الشرع بتحريم زواج المرأة إن كانت أختاً مثلاً ولو في الرضاعة^(٣) أو كانت في عدة رجل آخر، وتحريم التعاقد على الربا، مع أن محل

(١) راجع في هذا الموضوع جميعه البدائع ج ٥ ص ١٣٨.

(٢) يقول صاحب الهداية ج ٣ ص ٦٤ «وأهل الذمة في المبيعات كالمسلمين إلا في الخمر والخنزير خاصة فإن عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلم على الشاة لأنها أموال في اعتقادهم ونحن أمرنا أن نتركهم وما يعتقدون».

(٣) ويتصل بهذا الكلام ما أثير حالياً حول التعرف عن حكم الشرع في جمع لبن الأمهات وتجهيفه وخلطه بأغذية أخرى وإرضاع الأطفال منها لبيان أن مثل هذا يحرم به الزواج أم لا؟ والذي أراه أنه لا يحصل تحريم مطلقاً بسبب هذا الرضاع لأن الرضاع المحرم على الراجح هو خمس رضعات مشبعات متفرقات معلومات من امرأة واحدة، وألا يكون قد اختلط بغيره على تفصيل، يقول الفقيه أبو يوسف: لو اختلط لبن امرأتين ثبتت الرضاعة المحرمة لمن غلب لبنها دون الأخرى وإن كان الراجح في المذاهب ثبوت التحريم بالنسبة لهما، وجاء في فتح القدير إذا علم أن صبية أرضعتها امرأة في قرية ولا يدري من هي فإنها تحمل لأي رجل من هذه القرية لعدم تحقق المانع في خصوصية امرأة، ولأن اليقين وهو عدم التحريم لا يزول بالشك الحاصل من هذا الرضاع الذي قد تدعو إليه مصلحة الصغار. ومثله في الفتاوى الهندية، وجاء في الدر المختار وابن عابدين ج ٢ ص ٤٣٩ «ولو أرضعها أكثر أهل القرية ثم لم يدر من أرضعها فأراد أحدهم تزوجها جاز ما لم يثبت أنها تحرم عليه بسبب رضاع متيقن. وبعد عرض ما قاله بعض الفقهاء يمكننا القول بأن اللبن بعد تجهيفه لا يمتص إلا إذا خلط بقدر من الماء أكثر منه لتعود إليه سيولته ويتمكن الطفل من امتصاصه، وبهذا الخلط يتخير وصفه غالباً فلا يثبت به تحريم. كما أن جمع اللبن من نساء كثيرات غير محصورات وتجهيفه مجهلة فلا تتعين معه المرضعات فلا تحريم أيضاً».

العقد مال يصح فيه التبایع، ولكن عند اتحاد الجنس فلا تصح الزيادة في أحد البديلين لأن محل العقد قد ورد عليه تحريم الشارع بهذا الوصف «وأحل الله البيع وحرم الربا»^(١) إلى غير ذلك مما يخرج الشيء عن صلاحيته للتعاقد عليه.

واشترط الفقهاء فيما يكون محل عقد شرعاً أن يكون موجوداً وقت العقد، وأن يكون متعيناً خالياً من غرر يؤدي إلى تنازع بين المتعاقدين، وأن يكون قابلاً لأثر العقد ومقتضاه، وأن يكون ممكن التسليم. وستناول هذه الشروط بشيء من البيان.

وجود المحل وقت التعاقد،

وعلى هذا فالأحناف وكثير من الفقهاء يرون أن المعدم، وماله خطر العدم لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقد، ومنعوا بيع الحمل في بطن أمه لأنه قد يظهر ميتاً، واللين في ضرع الدابة مجازفة أو كيلاً مثلاً، لأنه قد يكون انتفاخاً لا لبناً^(٢)، والثمرة قبل ظهورها لأن الأرض قد لا تنبت، ولا يجوز أن يبيع شخص لآخر نصيبه في تركة مورثه، لأن الوارث قد يموت قبل المورث، أو قد يتصرف المورث في ثروته قبل موته، إذ في بيع المعدم وماله خطر العدم غرر وهو منهي عنه شرعاً لما يحدثه من تنازع، والعقود في ذلك كلها سواء، لا فرق بين عقد معاوضة أو عقد تبرع أو غيره.

غير أنه يتعارض مع هذا ما أقره الشارع لكثير من العقود التي لا وجود فيها لمحل العقد وقت التعاقد، فقد أقر الشارع عقد الإجارة^(٣)، مع أن محل العقد غير موجود وقت التعاقد، كما أقر عقد الاستصناع^(٤) مع أن عمل الصانع غير موجود وقت العقد، وكذا عقد المزارعة^(٥) فإن محل العقد وهو عمل الزارع غير موجود

(١) سورة البقرة ٢٧٥ ج ٣.

(٢) المبسوط ج ١٢ ص ١٩٤ الفتح والعناية ج ٥ ص ١٩٢، البدائع ج ٥ ص ١٣٨.

(٣) الإجارة عقد تمليك المنافع بعرض وهذا النوع من العقود يطلق عليه في القانون عقد المدة أو العقد

المستمر، وقد فصلنا القول عن عقد الإجارة في كتابنا المال والالتزام ص ٣٤١.

(٤) عقد على عمل الصانع.

(٥) عقد على عمل الزارع في زراعة الأرض وإعدادها.

وقت العقد، ومن هذا القبيل عقد السلم^(١) فإن المبيع عند التعاقد يكون ديناً في ذمة البائع.

والأحناف على أن هذه العقود جاءت استثناء من قاعدتهم الأصلية. وفيما نرى أنه كان الأفضل أن يقولوا إنما يشترط وجود المحل إذا اقتضى العقد بطبيعته وجوده كما في عقود البيع، فإن ملكية المبيع تنقل فور تمام العقد إلى المشتري فلزم لذلك وجود المبيع فلا يصح بيع الزرع قبل ظهوره ولا بيع اللبن في الضرع، ولا بيع الحمل قبل الولادة، لاحتمال عدم إنبات الأرض للنبات، وإفراغ الضرع للبن وانفصال الحمل حياً. أما إذا كانت طبيعة العقد لا تقتضى وجود المحل وقت التعاقد دفعة واحدة كما في عقد الإجارة والاستصناع والمزارعة وغيرها فإنها تنعقد مادام وجود المحل متوقفاً عادة.

وفرق مالك بين عقود التبرعات والمعاوضات فأجاز التبرع بما هو معدوم وقت العقد^(٢) فيصح أن يهب ما في بطن الدابة من حمل وما في ضرعها من لبن وما في جوف الأرض من نبات بعد وضع بذوره وما ينبت الشجر والنخل من ثمر وتثمر. وفي عقود المعاوضات أجاز التعاقد على المنافع والثمر الذي لا يمكن وجوده دفعة واحدة مادام قد ظهر منه شيء كما في الخضراوات والبطيخ والبادلجان وأمثالها بما تعارف الناس عليه.

أما ابن تيمية، وابن القيم من فقهاء المذهب الحنبلي فإنهما يجيزان التعاقد على المعدوم في كل العقود مادام قد تعين بالأوصاف وارتفع الغرر. وهما يريان أن ما ورد في الشريعة من نهى إنما ينصب على النهى عن بيع الغرر^(٣). هما يريان -

(١) السلم بيع أجل وهو المبيع بعاجل وهو الثمن وله شروط راجعها في كتابنا المال والالتزام ص ٣٣٣. مثل ما يحدث أماناً من أن يبيع الزارع للتاجر قدراً من القمح أو القطن قبل نضجه وبمجرد ظهور الثمر.

(٢) البدائع ج ٥ ص ١٣٩، مواهب الجليل ج ٤ ص ٢٩٤، وراجع المثنى ج ٤ ص ٦٤ وراجع مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢٢٤.

(٣) الغرر ما لا يقدر التعاقد على تسليمه موجوداً كان أو معدوماً. راجع إعلام الموقعين لابن القيم ج ١ ص ٣٥٨، مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢٢١ وما بعدها، فله في الموضوع بحث قيم وهو الفيلسوف الذي نقل عنه ابن تيمية.

وأرى معهما - أن العلة في منع التعاقد على المعلوم هي منع الغرر، ومخافة التنازع. فإذا كانت هي هذا، والعلة موجودة في محل العقد الذي يكون موجوداً وقت التعاقد وغير مقدور التسليم كالبيعير الشارد. والفقهاء قد اشترطوا أن يكون محل العقد متعيناً بحيث ترتفع الجهالة ويحول الغرر، فلا يكون هناك محل لاشتراط وجود محل العقد.

بيع الثمر على الشجر والخضار في الأرض للتجارة، فرع الفقهاء على ذلك، الكلام عن بيع الخضار والثمار على الوجه الآتي:

(أ) إذا كان قبل ظهور الزرع أو الثمر البتة فلا يجوز البيع لقوله عليه السلام: «أرأيت إذا منع الله الثمر بما يستحل أحدكم مال صاحبه؟» فلفظ «منع» يفيد أن ما وقع عليه البيع كان غير موجود البتة، وهذا باتفاق الفقهاء جميعاً خوفاً من تلف الثمر وعدم ظهور الزرع أو إصابة ذلك بعاهة تهلك المحصول، فيكون فيه غرر ومقامرة وهما يفضيان إلى التنازع.

(ب) إذا كان الزرع والثمر قد ظهرا وأصبح ينتفع بهما انتفاعاً كاملاً فيصح التعاقد لأن محل العقد موجود ويجوز بقاء النبات على الشجر والزرع في الأرض حتى يتم الحصاد عند غير أبي حنيفة وأبي يوسف.

(ج) أما إذا كان قد ظهر الزرع في الأرض والثمر في الشجر ولكن بحالة لا يمكن بها الانتفاع انتفاعاً كاملاً، بأن كان العنب حصرماً أو كان البلح براً. فقد أجاز ذلك محمد بن الحسن ومالك، ورواية عن الشافعي وأحمد، وخالف باقي الأحناف^(١).

(١) المبسوط ج ١٢ ص ١٩٥ - ١٩٦، البدائع ج ٥ ص ١٣٩ - ١٧٣، الزيلعي ج ٤ ص ١٢ ويقول ابن قدامة في المغني ج ٤ ص ٨٠ لا يخلو بيع الثمرة قبل بدو صلاحها من ثلاثة أقسام: أن يشتريها بشرط بقائها فلا يصح البيع، وأن يبيعها بشرط القطع في الحال فيصح بالإجماع لأن المنع في الأولى كان خوفاً من تلف الثمرة وحدث العاهة عليها قبل أخذها، الثالث أن يبيعها من غير اشتراط البقاء أو القطع فالبيع باطل وبه قال مالك والشافعي وأجاز أبو حنيفة لأن إطلاق العقد يقتضي القطع، وكذا بالنسبة لبيع الزرع الأخضر في الأرض أما إذا بدا صلاح الثمرة والخضر جاز بيعها مع اشتراط إبقائها إلى الجزاء ويشترط قطعها وهو مذهب مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يجوز مع اشتراط بقائها خلافاً لمحمد بن الحسن، فهم =



(د) ولو كانت حديقة فيها شجر به ثمر بدا صلاحه ومعه فى نفس الشجر ثمر لم يبد صلاحه فهل يجوز بيعه مع اشتراط التبقية؟ يرى البعض جوار ذلك إذ العبرة بالغالب، ولأن اشتراط بدو صلاح الثمر جميعه فيه مشقة على الناس فى معاملاتهم، كما يودى إلى الاشتراك فى الشجرة الواحدة وتعدد الأيدي، وفى الشركة على هذا ضرر بهما.

وعلى كل فقد صار للناس فى عصرنا الحاضر خبرة فى التقدير ومعرفة لا تختل، فوق أن الناس قد تعارفوا على ذلك وارتفع الغرر مع الخبرة فانتفت العلة التى من أجلها شرع المنع عند من قال به.

تعيين المحل بما يرفع الجهالة المنفية للحرور،

اتفق الفقهاء جميعاً على اشتراط تعيين محل العقد بما ينفى الجهالة الفاحشة منعاً للغرر والتزاع بين طرفى العقد، وجعل الأحناف العرف حكماً فى أن الجهالة فاحشة أو يسيرة، فلا يجوز التعاقد على بيع ساعة من غير بيان نوعها أو قطن من غير بيان صنفه أو شاة من قطيع غنم، فكل هذا يودى إلى التنازع لأن فيه جهالة فاحشة^(١). أما إذا كانت الجهالة يسيرة ولا تفضى إلا التزاع، والعرف جرى على التعاقد مع وجودها، كأن يبيعه مائة برتقالة من نوع معين أو مائة بيضة دجاجة مع تفاوتها فى الأحجام فيتم العقد معها^(٢).

= يرون أن هذا الشرط فيه انتفاع بملك البائع على وجه لا يقتضيه العقد فلم يجز، أما دليل الجواز فما روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه «نهى عن بيع الشمرة حتى يبدو صلاحها وتأمين العامة» وهذا يدل على أنها إذا كانت بحالة لا تصاب بعدها بعاهة جار إبقاؤها، وراجع مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢٢١ وما بعدها.

(١) فتح القدير ج ٥ ص ١٩٥، الزيلعى ج ٤ ص ٧. والجهالة الفاحشة قد تكون فى جنس محل العقد كأن يبيع تاجر لآخر كل ماله فى محل التجارة من غير أن يعرف المشتري ما فيه من الأصناف والأنواع. كما تكون فى قيمة محل العقد، كأن يبيع شخص لآخر شاة من غنمه - مع تفاوت قيمتها - من غير تحديد لهذه الشاة، أو أن يبيع تاجر أصواف لآخر ثلاثة أمتار من الصوف من غير تعيين للصوف تعييناً تاماً فلا ينعقد معها العقد.

(٢) راجع البدائع ج ٤ ص ١٧٩.

ويتعين محل العقد وتتنفى عنه الجهالة إما برويته وقت العقد أو قبله بوقت لا يحتمل معه تغير المحل، أو بروية شيء منه إن كانت رؤية البعض فيه تغنى عن رؤية الكل. كقطعة قماش من مقطع أو قدر من صفيحة مسلى أو زيت. أو من قطن أو من حب معبأ وهكذا، كما يتعين محل العقد بوصفه وصفاً دقيقاً يظهره للمشتري إن كان محل العقد ليس فى متناول يدهم فى مكان التعاقد، كان يكون قطناً مثلاً فيذكر البائع نوعه ودرجة نظافته. إلى غير ذلك مما يصير به العقد معلوماً متعيناً.

هذا بالنسبة لجميع عقود المعاوضات اتفاقاً لأنها مبادلات مالية يراعى فيها الموازنة بين الشيء وعوضه. أما عقود التبرعات فإن الأحناف وإن كانوا يشترطون فيها أيضاً تعيين المحل إلا أنهم يفتنون فيها من الجهالة ما لم يغتفروه مطلقاً فى عقود المعاوضات.

وبعد الأحناف نحمد الشافعية والمالكية على طرفى نقيض فى هذا فبينما نحمد الشافعية يشترطون ذلك فى عقود التبرعات والمعاوضات إذ بنا نرى الفقه المالكي عكس ذلك فلم يشترط المالكية لتمام عقود التبرعات تعيين محلها وأجازوا فيها المعلوم أو المجهول لأنها إحسان صرف^(١)، وهى عقود لا تتم إلا بالقبض فالجهالة لا تنفضى إلى منازعة. ولعل الأحناف كانوا أولى بهذا من المالكية خصوصاً لأن عقود التبرعات غير ملزمة للمتبرع عندهم ويصح أن يرجع فيها حتى بعد تمام القبض ما لم يحدث مانع يمنع الرد على تفصيل فى ذلك موضوعه فى الهبة والعارية^(٢).

قبول المحل حكم العقد الصحيح وتبه الشارع.

اتفق الفقهاء على أن يكون محل العقد غير منهى عنه من الشارع^(٣).

(١) الفروق للقرافى ج ١ ١٩٤.

(٢) راجع كتابنا المال والالتزام من ص ٣٣٦ - ٣٥٦.

(٣) راجع فى هذا نهاية المحتاج ج ٣ ص ١٩، البدائع ج ٤ ص ١٧٩ حيث يقول الكاسانى «أن يكون مالا فلا يتمعد بيع الحر لأنه ليس بمال وكذا بيع أم ولد إلى آخره».

فإذا كان محل العقد لا يقبل الأثر المترتب على العقد في شريعة أحد المتعاقدين، كالخمر والخنزير بالنسبة للمسلم، وكعدم قابلية المسجد للبيع، وكذلك إذا كان محل العقد منفعة مال أو منفعة ما ليس بمال، أو كان عملاً فإنه يجب أن يكون كل ذلك مشروعاً لم يرد عليه نهى الشارع، وقد سبق بيانه. وللإمام أبي حنيفة قاعدة في هذا وهي: أن كل شيء أفسده الحرام وغلب عليه الحلال فلا بأس ببيعه^(١)؛ وما كان الغالب عليه الحرام لم يجز بيعه ولا هبته.

(١) وحكم التعاقد على آلات الموسيقى على هذا صحيح عند أبي حنيفة لأنه يعتبرها أموالاً إذ يمكن الانتفاع بها بينما هو مشروع كما في الحروب فإن الموسيقى تبعث في نفس الجند قوة وشجاعة وتشجّل همهم وتقوى عزائمهم كما يفرق بها بين النكاح والسفاح، وخالف في ذلك صاحبان، ولم يجزوا بيع شيء منها، ومثل ما قيل في آلات الموسيقى قيل في بيع النرد والشطرنج. يقول الكاساني صاحب البدائع «والصحيح ما قاله الإمام أبو حنيفة».

راجع أيضاً المغنى لابن قدامة ج ٩ ص ١٧٠ - ١٧٢ فقد عقد فصلاً في اللعب، وقال كل لعب فيه قمار فهو محرم وما خلا من القمار وهو الذي لا عوض فيه من الجانبين ولا من أحدهما فنهى ما هو محرم ومنه ما هو مباح، ومثل للمحرم بالنرد أما الشطرنج فهو محل اختلاف، وروى أن الشافعي وغيره من الفقهاء على أنه مباح لأن الأصل الإباحة ولم يرد نص التحريم، ومثل اللعب المشروع بالألعاب القروسية فقال «أما المسابقة بالخيول وغيرها أو على الأقدام لمباحة وما في معنى ذلك مما يفيد للحروب» ثم قال: «وسائر اللعب إذا لم يتضمن ضرراً ولا شغلاً عن فرض فالأصل الإباحة» ثم جاء في ص ١٧٣ - ١٨٠ تقسيم للمعلاهي إلى ما هو حرام ومباح كما تكلم عن الغناء والحداء وقراءة القرآن بالألحان ما نخصه بعبارة في الآتي: «إن الضرب بالدف مباح لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف» ولأن امرأة جاءت إلى الرسول عليه السلام وقالت: «إني نذرت إن رجعت من سفرك سالماً أن أضرب على رأسك بالدف، فقال لها عليه السلام. أوف بتركك» ثم يقول: واختلف أصحابنا في الغناء والنوح. فمنهم من أباحها ما لم يكن معها منكر، ونقلوا عن عمر بن الخطاب أنه قال: الغناء راد الراكب، ومنهم من حرمه، أما الحداء وهو الإنشاد فمباح لا بأس به، إلى أن قال «وأما قراءة القرآن من غير تلحين فلا بأس به وإن حسن صوته فأفضل، وأما القراءة بالتلحين فإن لم يفرط في التمليط والمد فلا بأس به، فإن النبي عليه السلام قد قرأ ورجع ورنع صوته».

حكم التعاقد على لبن المرضع ونقل الدم،

ولبن المرضع منع يبيعه أبو حنيفة ومالك وبعض الحنابلة لأنه مائع خارج من آدمية فأشبهه العرق وأشبهه أجزاءها، وأجازه بعض الحنابلة وهو مذهب الشافعي، لأنه ينتفع به ويفارق العرق لأنه لا نفع فيه، ولذلك لا يباع عرق الشاة ويباع لبنها، ولعل هذا الخلاف إنما يرجع إلى بيع لبن المرضع بعيداً عن الثدي، وإلا فقد أباح الفقهاء عقد إجارة الظئر «المرضع» لإرضاع الصغير.

ولعلنا نستطيع أن نرتب على ذلك بيع «الدم» إذ الحاجة قد تدعو إليه عند إنقاذ جريح قد استنفدت جراحه جزءاً كبيراً من دمائه وفي إباحته أكبر نفع وأعظم فائدة فمن أباح بيع لبن المرضع فقد أباحه لأنه ينتفع به في إحياء الطفل، ونقل الدم قد يتوقف عليه حياة الجريح، وفي هذا ضرورة تدعو إلى إباحته مراعاة للمصلحة.

ويمكن أن يرتب على هذا أيضاً سلخ قطعة من جلد من جسم إنسان ليرقع بها جسم آخر شوهته الحوادث أو الأمراض^(١). وقد دارت في أذهان بعض المختصين فكرة إنشاء بنك لحفظ جلد الموتى حديثاً من بني الإنسان ليرقع به جسم المشوهين.

القصور على تسليم محل العقد،

ولا بد أن يكون المتعاقد قادراً على تسليم محل العقد للآخر عند التعاقد ولو حكماً، كمن يبيع للغير بضاعة لم ترد بعد من الخارج، وجميع العقود في ذلك سواء عند غير الإمام مالك الذي استثنى عقود التبرعات، ولم يشترط فيها القدرة

(١) يقول ابن قدامة: «وسائر أجزاء آدمي يجوز بيعها، فإنه يجوز بيع العبد والامة، وإنما حرم بيع الحر لأنه ليس بمملوك وحرم بيع العضو المقطوع لأنه لا نفع فيه». فبيع ما فيه نفع جائز بطريق مفهوم المخالفة. راجع المغني ج ٤ ص ٢٦٠ وفي البدائع ج ٥ ص ١٤٥ «لا يتعقد بيع لبن المرأة في قدح عندنا لأنه ليس بمال ولا ينتفع به إلا للضرورة وهي تغذية الطفل من الثدي، ولأنه جزء من آدمي وهو بجميع أجزائه محترم وليس من الكرامة ابتذاله بالبيع» وقال الشافعي يجوز لأنه مشروب طاهر وبذا تمجد الخلاف على بيعه منفصلاً من الثدي وأن تعليل بيعه بالإرضاع لضرورة إحياء الطفل ومنه تأخذ جوار أخذ الدم من جسم الإنسان بواسطة الأنابيب وحقن الغير بها أو أخذ قطعة الجلد ليرقع بها جسم الآخر لضرورة الإحياء.



على التسليم، وأجاز التعاقد عليها من غير اشتراط وجودها وقت العقد كما سبق بيانه، ومن غير قدرته على تسليم المتبرع به مع وجوده أيضاً، ولذا انعقد عنده العقد وتم الالتزام، لو تبرع شخص ببيعيره الشارد، وما ذلك عند مالك إلا لأن عقود التبرعات ليست فيها مبادلات مالية يترتب على عدم التسليم فيها نزاع بين المتعاقدين وغرر.

فلا يصح التعاقد على المباح قبل حيازته إذ هو غير مقدور على تسليمه وقت التعاقد، لأنه حين ذلك كان مباحاً ويستوى فيه حق المتعاقدين على السواء ما دام لم يدخل في حيازة أحد، والتعاقد على الاستيلاء عليه فيه غرر وجهالة تفضى إلى المنازعة وفيها مقامرة يمنعها الشارع^(١).

والقانون قد تناول هذا الموضوع في المواد ١٣١ إلى ١٣٥، فاشتراط أن يكون محل العقد موجوداً إذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناعاً^(٢).

(١) فلا يجوز أن يبيع الصائد السمك في الماء ولا الطير في الهواء ولا الحيوان في الصحراء، ولا يجوز أن يكون التعاقد على أن يطلق الصائد مقدوماً من آله فما أصابه المقدوف من طير فهو له، لأن في هذا مقامرة وفيه جهالة تؤدي إلى التنازع كما لا ينعقد عقد تبرع بشيء من ذلك عند غير المالكية، وفي الهداية ج ٣ ص ٣٥ «ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد ولا في حظيرة إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد لأنه غير مقدور التسليم، ولا بيع الطير في الهواء، وكذا لو أرسله من يده لأنه غير مقدور التسليم» ثم يقول بعد ذلك «وضربة القانص، وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غرراً». وراجع في ذلك الفتح والعناية ج ٣ ص ١٩١ - ١٩٢ ثم ص ١٩٤ و ١٩٥ وفيها ما نقله صاحب الفتح وصاحب العناية: قال في تهذيب الأزهري نهى عن ضربه القانص، وهو الغواص يقول أغوص غوصة فما أخرجه من اللآلئ فهو لك بكذا، فهو بيع باطل لعدم ملك البائع للبيع قبل العقد فكان غرراً لجهالة ما يخرج، وراجع في هذا أيضاً البدائع ج ٥ ص ١٤٧، راجع أيضاً بيع الغرر في مقدمات ابن رشد ج ٤ من ص ٢٢١.

(٢) وقد عرف الدكتور السهوري، في كتابه الوسيط من ٣٧٥ إلى ٤١٣ محل الالتزام بأنه الشيء الذي يلتزم المدين القيام به والمدين يلتزم إما بنقل حق عيني، أو بعمل، أو بالامتناع عن عمل، وتكلم عن الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام والتي تؤخذ من نصوص القانون الجديدة في المواد الجديدة في المواد الخمسة المشار إليها فيشترط أن يكون: =

وأن يكون محل الالتزام معيناً بذاته، وإلا فبنوعه ومقداره. وإلا كان العقد باطلاً، إلى غير ذلك مما جاء في المادتين ١٣٣، ١٣٤ فإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته يرجع إلى العرف أو إلى أى طرف آخر يعين المحل فى درجته وإلا فيلتزم المدين بالمتوسط.

وأن يكون محل الالتزام قابلاً للتعامل فإذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً م ١٣٥ فلا يصح أن يكون الشيء محلاً للالتزام إذا كانت طبيعته أو الغرض الذى خصص له يأبى ذلك، أو إذا كان التعامل فيه غير مشروع.

ومن الواضح أن القانون لم يشترط فى المحل أن يكون مقدوراً على تسليمه وقت التعاقد، لأنه أجاز التعاقد على محل غير موجود وقت العقد، وإنما يوجد فى المستقبل.

١ - المحل موجوداً إذا كان محل الالتزام نقل حق عينى، أو يكون ممكناً وجوده فى المستقبل إن كان عملاً أو امتناعاً عن عمل، ولعل القانون الجديد ١٩٤٨/١٣١ الذى نحن بصددته قد انحرف عن رأى السائد المعروف من قواعد الفقه الإسلامى فنص صراحة فى الفقرة الأولى من المادة ١٣١ «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً» بعد أن كان القانون القديم خلواً من هذا النص، بل إن المادة (٣٣٠) من القانون المدنى المختلط القديم تنص على: «إن بيع أثمار الشجرة قبل انتمادها، والزرع قبل نباته باطل» ومع هذا فالقانون الجديد فيما اتجه إليه يقرب مما ذهب إليه ابن القيم وابن تيمية، فى جواز التعاقد على المعلوم وقت العقد ما دام يتعين بما يمنع الفرر، والقانون وإن أجاز التعاقد على شيء معدوم وقت التعاقد إلا أنه نص على بطلان العقد إذا كان المحل مستحيلاً (المادة ١٣٣) والتعامل فى تركة المورث قبل وفاته ولو برضاه إلا فيما نص عليه القانون ف ٢ م ١٣١.

ويقول الأستاذ الدكتور حشمت أبو ستيت فى كتابه مصادر الالتزام «الشروط التى يجب توافرها فى محل الالتزام ثلاثة: أن يكون ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون مشروعاً أى غير مخالف للنظام العام والآداب» راجع الموضوع من ص ١٩١ إلى ٢١٠.

الفصل الرابع

أقسام العقد

ويتكون هذا الفصل من ثلاثة مباحث: الأول أقسام العقد من جهة السبب والآخر، الثانى أقسامه من ناحية وصفه، الثالث أقسامه من ناحية رمن اتصال الحكم بالعقد.

المبحث الأول

أقسام العقد من ناحية سبب العقد و أثره

غاية العاقد وقصد العاقد

كل عقد له أثر رتب عليه الشارع وجعل مباشرة العقد طريقاً وسبباً للوصول إليه. فعقد البيع مثلاً رتب عليه الشرع نقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، ونقل ملكية الثمن من المشتري إلى البائع، وكل عاقد لابد له من غاية يقصدها من العقد ويريد أن يصل إليها عن طريق التعاقد، وما دام العاقد يقصد الوصول إلى حكم العقد نفسه الذى رتب عليه الشارع عليه وتحقق عنده إرادة الآخر، فالعقد صحيح، كأن تكون غاية البائع والمشتري انتقال ملكية المبيع والثمن من كل إلى الآخر حقيقة، وغاية المستاجر تملك منفعة العين المؤجرة فى مدة العقد، وتمليك المؤجر الأجر، وغاية الزوجين من عقد الزواج دوام العشرة بينهما وتكوين أسرة لهما، وهكذا أن يقصد العاقد فى كل عقد غايته التى رتبها الشارع عليه.

وقد كان قصد العاقد وغرضه له أكبر الأثر فى نظر رجال الفقه الإسلامى فقد رتبوا على ذلك حل العقد وحرمة وكرهه، ورتبوا عليه أيضاً صحته وفساده^(١)، وقد بينا كما قاله الفقهاء فى العقود التى يقصد العاقد فيها الوصول إلى شىء محظور عن طريق ما يعقدون عليه، ومثلنا لذلك ببيع العينة ورواج المحلل،

(١) راجع إعلام الموقعين ج ٣ ص ٩٦ «فالقصد فى العقد معتبرة وتؤثر فى صحة العقد وفساده وحله وحرمة».

ولذا يدخل الفقه الإسلامی مع الشخص فی نواياه متمسكاً بإرادته الحقيقية، والقصد الفعلى من تصرفه وعقوده، والباعث الأساسی لما أقدم علیه، ثم يكون بعد ذلك وصف العقد من ناحية الحل والحرمة والكراهة، وقد لا يظهر هذا الحكم للناس إذا بنى على باعث خفى مستتر وراء غرض مشروع، وقد يظهر هذا الحكم للناس إذا ما ظهر الباعث الحقیقی ودلت علیه القرائن، ولا يعنينا فی دراستنا هذه أكثر من أن سبب العقد^(١) فی الفقه الإسلامی هو غاية العاقد وقصده من العقد، «ولئن كان العقد هو السبب الفلسفی لهذه الآثار لأنه مصدرها فالآثار هي السبب النفسی لهذا العقد لأنها الغرض الذى تبغى الإرادة الوصول إليه»^(٢).

ولعل رجال الفقه الإسلامی لم يخصصوا موضوعاً مستقلاً لبحث نظرية السبب اكتفاء بما ذكروه من قيود وشروط فی صحة العقد ومحلّه فإذا اختل شيء منها لما صح العقد، كما أن الفقهاء قديماً لم يعنوا بصفة عامة بالنظريات وإن عرفوا القواعد على ما بينا فی موضعها.

ولما كانت بعض العقود تتحد مع بعضها فی الغاية كانت الآثار التى تنبئ عليها متحدة، وقد دفع هذا التشابه بين العقود فيما ينتج عنها من أحكام أن قسم الفقهاء العقود إلى مجموعات تحتوى كل مجموعة منها على ما يندرج تحتها من عقود تتفق فی مقاصدها، والغاية المرجوة منها، وأطلقوا على كل مجموعة اسماً خاصاً بها يميزها عن غيرها، ومع هذا فهناك بعض العقود تتداخل فی أكثر من مجموعة واحدة لأن لها أكثر من خاصة وسنذكر لك هذه المجموعات بكل إيجاز.

(١) سبب العقد فی القانون هو الغرض المباشر الذى يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه والفرق بينه وبين محل العقد أن المحل هو ما التزم به المدين (Quib-debtur) وأما السبب فهو لماذا التزم المدين (Our-debtur) وفى الحق أن السبب ليس هو نفس إرادة الملتزم ولكنه هو الغرض المباشر الذى انجذبت إليه الإرادة، وعلى كل فالإرادة لا يمكن أن تتحرك دون أن تتجه إلى سبب تبغى تحقيقه؛ لذلك كان السبب وإن لم يميز عن الإرادة إلا أنه يوجد حيث توجد. فهو ركن فى العقد غير ركن الإرادة. راجع الوسيط من ص ٤١٣ إلى ٤٨٢ وقد تناول القانون نظرية السبب فی المادتين (١٣٦ و ١٣٧).

(٢) راجع التعبير عن الإرادة فی الفقه الإسلامی للدكتور محمد وحيد سوار ص ٤٩٢.

[١] عقود المعاوضات^(١) : وتسمى عقود المبادلات وهي ما حدثت فيها المعاوضة والمبادلة بين المتعاقدين على ملكية كل منهما ما للآخر في حدود العقد على سبيل المبادلة، سواء أكانت مبادلة مال بمال، وهي تشمل البيع^(٢) بجميع أنواعه بما في ذلك السلم والصرف^(٣) والقرض^(٤)، والصالح عن إقرار، أم كانت المبادلة مبادلة مال بمنفعة مال، كالإجارة والاستصناع والزراعة والمساقاة والمضاربة^(٥)، أم كان مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة مال كالزواج والخلع^(٦)، أم كان مبادلة منفعة بمنفعة كقسمة المنافع «المهاياة» فكل ما فيه معنى المعاوضة والمبادلة بين طرفيه فهو عقد معاوضة.

(١) العوض في اللغة: الخلف، يقال أحاضني الله عنه عوضاً... راجع القاموس باب الضاد فصل العين.

(٢) البيع هو مبادلة المال بالمال على غير وجه التبرع، وهو يشمل بيع المساومة وهو أن تبيع المبيع بالثمن الذي تتفق عليه وترتضيه نتيجة مساومة الآخر. وهذا هو الأصل في عقود البيع، وبيع الوضعية هو بيع يمثل الثمن الذي قام عليك الشيء به مع نقصان جزء يرتضيه طرفا العقد. أي يبيع بخسارة. وبيع المرابحة هو أن تبيعه بما قام عليك من ثمن وموثة مع زيادة قدر تتفق عليه مع المشتري كبيع لك، واشترط الفقهاء شروطاً متناً للربا سواء أكان العوض ثمناً ويسمى بيعاً أم كان التبادل بينهما على سلعتين ويسمى مقايضة - راجع كتابنا المال والالتزام في الفقه الإسلامي ص ٣٢٩ وما بعدها.

(٣) أما السلم فسبق بيانه، والصرف هو بيع جنس الاثمان بعضها ببعض ولا بد فيه من قبض البديلين في المجلس، وهو من العقود الربوية. راجعه في كتابنا المال والالتزام ص ٣٣٢ وما بعدها.

(٤) القرض أن تعطى شيئاً مثلياً من مالك على أن يرد لك مثله في الوقت المتفق عليه.

(٥) المضاربة: هي عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر، وإن يكون الربح بين المتعاقدين. راجع الهداية ج ٣ ص ١٦٢.

(٦) الخلع: عقد بين الزوجين المال فيه من جانب المرأة تبذله فيخلعها الرجل أو يطلقها وحكمه من جهتها حكم المعاوضة عند الإمام حتى يجوز لها الرجوع عنه ويطلق بإعراضها، وحكمه بالنسبة للرجل يمين معلق فلا يملك الرجوع فيه ولا يطلق بإعراضها - راجع للمؤلف الفقه الإسلامي في الزواج والفرقة وأثارهما مطبعة مصر بالخرطوم، والهداية ج ٢ ص ١١. وللمرحوم الأستاذ الجليل الشيخ أحمد إبراهيم توجيه نشر بمجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة العدد السادس، يقول فيه: جمل الفقهاء الزواج من عقود المعاوضات التي قول فيها المال بغير المال وبغير المنفعة، وأقول إن حقيقة الأمر فيه أنه عقد لإدراج وانضمام بين الرجال والنساء أذن به الشارع على وجه ما،»

[ب] عقود التبرعات، وهى العقود التى يكون التملك فيها من غير مقابل إذ المتبرع لا يطلب عوضاً عما تبرع به، وذلك كالهبة والصدقة والوصية والوقف والإعارة^(١)، وإبراء المدين مما عليه حتى لا يبقى للدائن حق فى مطالبته له، والقرض أيضاً، لأن المقرض إنما هو متبرع فى تمكين المقرض من الانتفاع بالقرض، والمحاباة فى عقود المعاوضات، وكذلك الكفالة^(٢) بأمر المكفول له، فإن الكفيل متبرع بضمان الدين، والحوالة^(٣) إذا لم تكن بأمر المحيل، كأن يكون لشخص على آخر. مبلغاً من المال فيأتى ثالث ويطلب من الدائن أن يأخذ الدين منه هو فإنه يكون متبرعاً بما يدفع ولا يرجع على المدين به مادام ذلك لم يكن بأمره، ومن هذه العقود ما هو تبرع فى الابتداء معاوضة فى الانتهاء كالهبة بشرط العوض خلافاً لزفر والشافعى. وكالقرض والكفالة والحوالة بأمر المدين، ولذا فإنه يندرج تحت عقود التبرعات، العقود التى كان التبرع فيها مقصوداً ابتداء وانتهاء، أم كان التبرع ضمن عقد معاوضة، أم كان التبرع فى الابتداء، وقد ينتهى به الأمر إلى عقد معاوضة.

وعقود المعاوضات والتبرعات فى الواقع إنما تفيد شيئاً واحداً وهو التملك فإن عقود المعاوضة تنتج تملك البدل، وعقود التبرعات تنتج تملك ما تم عليه التبرع، ولذا كان من الممكن جمع هاتين المجموعتين وإدماجهما فى مجموعة واحدة يطلق عليها الفقهاء عقود التملك.

= ثم جعل من أحكامه المهر وأوجبه على الرجل كما أوجب عليه النفقة فهو ليس ركناً ولا شرطاً فى عقد الزواج ولكنه شيء وضعه الشارع على الرجل لفائدة المرأة. ومثل ذلك فى البلاد الغربية تعطى المرأة عندهم زوجها عطية لأجل الزواج «الدوطة» فليس المهر ثمناً للزوجة كما أن الدوطة ليست ثمناً للرجل، وأخذ على الفقهاء هذا - راجع ص ٦٧٨ - ٦٧٩.

(١) عرفنا من قبل الهبة والوصية والوقف. أما الإعارة فهى تملك المنفعة بلا عوض، راجع كتابنا المال والالتزام ٣٤٩ وما بعدها.

(٢) الكفالة: ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة، وقيل فى الدين. وهى قسمان: كفالة بالنفس وكفالة بالمال، الهداية ج ٢ ص ٧٠، الجوهرة ج ١ ص ٣٨٣.

(٣) الحوالة: لغة النقل والتحويل، وشرعاً: هى نقل الدين من ذمة الأصيل إلى ذمة المحال عليه على سبيل التوثيق به، وهى جائزة بالديون لا بالأعيان، راجع الهداية ج ٣ ص ٧٠، الجوهرة ج ٢ ص ٣٧٩ وسيأتى تفصيل القول عنها.

[ج] **عقود الإسقاطات**، وسميت بذلك لما فيها من إسقاط الشخص حقه أو شيئاً منه، وهذه قد تكون إسقاطات محضة: كالطلاق المجرد، وتسليم الشفعة، والعفو عن القصاص من غير عوض عن الجاني، وما شابه ذلك من إسقاط الحق بدون مقابل، وقد تكون الإسقاطات فيها معنى التبرع: كالإبراء من الدين والوقف.

[ح] **عقود الإطلاقات**، وسميت بذلك لما فيها من إطلاق يد الشخص في شيء كان ممنوعاً عن التصرف فيه، ومن هذا عقد الإيصاء والوكالة والإمارة والقضاء، ومن هذا الإذن للصبي المميز بالتجارة، وكذلك الطلاق والعتاق، لأن المطلقة والرقيق قد أطلقت يدهما وأصبح لكل منهما الحرية فيما كان مقيداً فيه، وإن كان في نفس الوقت يمكن اعتبارهما من عقود الإسقاطات كما تقدم.

[ط] **عقود التقييدات**، سميت بذلك لما فيها من تقييد الشخص لغيره ومنعه من تصرف كانت يده قد أطلقت فيه، وهذا كعزل الوكيل من الوكالة وعزل الوصي وناظر الوقف، ومن ذلك الحجز على الصبي المميز الذي كان قد أذن له بالتجارة، وكذلك الحجز على من أصابه عارض من عوارض الأهلية.

[و] **عقود الشراكات**، وهي عبارة عن عقد بين المشاركين في الأصل والربح وهي على ضربين شركة أملاك وشركة عقود، وسميت بذلك لأن فيها الاشتراك في ثماء المال وأرباحه، وذلك كعقود المزارعة والمساواة والمضاربة.

[ز] **عقود الضمانات**، وتسمى عقود التوثيق، وهي عقود يطمئن بها الدائن على دينه، ويضمها إلى ذمة المدين لضمان استيفاء حقه منه وهي كالرهن^(١) والكفالة والحوالة، فإن الدائن بهذا يؤكد حقه في استرداد دينه، ويبعد عن احتمال خطر الضياع.

(١) الرهن لغة: الحبس. وشرعاً: جعل الشخص محبوساً بحق يمكن استيفاءه من الراهن كالدين.

[ج] عقود الاستحقاقات، وهي العقود التي تحدث بين الشخص وغيره لمجرد إيداع شيء عنده بقصد حفظه له، أو التعاقد معه على السهر عليه وحراسته، وتشمل عقد الوديعة^(١)، وعقد الحراسة.

العقود المسماة وغير المسماة،

وبمناسبة ما قدمناه لك من الكلام عن مختلف مجموعات العقود ينبغي أن نشير بكلمة عابرة عن هذين النوعين من العقود. فالعقود المسماة ما كان لها اسم خاص بها: كالبيع والرهن والإجارة والزواج والخلع والوصية، والهبة إلى غير ذلك. وهذه قد تكفل التشريع ببيان كل ما يتعلق بها من حين استقرار العمل بها. أما العقود الأخرى غير المسماة، وهي العقود التي تجمد وتنشأ تبعاً للحاجة ولم تكن موجودة مستقرة من قبل، وهذا النوع لا يمكن أن يقف عند حد ما دام الفلك يدور والحوادث تتجدد. غير أنه إذا استقر شيء منها وعرف باسم خاص أصبح من العقود المسماة وأخذ اسماً ثابتاً واستقل بأحكامه. فمثلاً العقد على عمل الصانع فقد استمر فترة كبيرة متردداً عند الفقهاء بين عقد البيع حيث فيه بيع لأصل الشيء فيتناولون أحكام هذا الالتزام عند تناولهم أحكام البيع، وبيع عقد الإجارة حيث فيه إجارة على صنعه وإعداده، حتى استقل هذا النوع باسم خاص وهو «عقد الاستصناع» وبذا أصبح من العقود المسماة، ومثله أيضاً التحكير، وبيع الوفاء الذي هو في الواقع نوع من الرهن وإن كان في صورة بيع.

وهذا النوع من العقود يختلف الفقهاء في اعتباره وعدم اعتباره تبعاً لاختلافهم في مدى حرية العاقد في إنشاء العقود والشروط، وهل الأصل فيها الحظر والمنع، ولا يباح منها إلا ما ورد نص بإباحته وكان عقداً مسمى معروفاً؟

(١) الوديعة هي ترك الأعيان مع من هو أهل للتصرف بقصد الحفظ مع بقائها على ملك صاحبها.



بهذا يقول الظاهرية، أم الأصل فيها الإباحة فلا يحظر منها إلا ما نهى عنه الشارع بنفسه، كما يرى بعض الحنابلة وعلى رأسهم ابن تيمية وابن القيم؟. والواقع أن المذاهب الأخرى وإن كانت وسطاً بين الفريقين إلا أن الأحناف والشافعية أقرب إلى الظاهرية من الآخرين، ومع هذا فإن لهؤلاء الفقهاء جميعاً في القياس والاستحسان والعرف والمصالح ما يجعل من حظرهم إباحة، ومن تضييقهم سعة، وستناول هذا بالتفصيل عند الكلام عن الشرط.

المبانی الثانی

اقسام العقد من ناحية وصفه

العقد^(١) یوصف من جهة الاعتداد به وترتب الاثر علیه وعدمه بكونه صحيحاً وترتب اثره علیه أم غیر صحيح ولا یترتب علیه اثره^(٢)، ویسمى بالحکم الرضعی نسبة إلى وضع الشارع وجعله هذه الأشياء مفيدة آثارها التي اختصها بها. أما الاثر نفسه الذي يظهره العقد ویترتب علیه فهو الذي ینبغی أن یراء بلفظ الحکم هنا. فیقال مثلاً: حکم عقد الزواج الصحيح النافذ وجوب المهر به للزوجة، وحل ما كان محرماً علیهما من الاتصال الجنسي، وثبت به حرمة المصاهرة والتوارث، وحکم عقد البیع انتقال ملكية المبیع من البائع إلى المشتري، وهكذا، وستتناول هنا وصف العقد من ناحية صحته وبطلانه والحکم المترتب علی ذلك.

وصف العقد بأنه صحيح وغير صحيح، العقد إذا توافرت فيه أركانه وشروطه، ولم یصل به من الأوصاف ما یخرجه عن مشروعیته كان صحيحاً وإلا فإن كان أحد العاقدین غیر أهل کالمجنون والصبی، أو محل العقد لا یقبل الاثر المترتب علیه کالمیئة والخمر إذا باعها مسلم وكان الثمن نقداً^(٣)، وکیع أو هبة شيء من المنافع العامة کالمسجد والطریق، أو لیس لخلل فی أصله وإنما لوصف غیر مشروع، كأن یوجد العقد علی صفة غیر مشروعة کتأقیت البیع بمدة

(١) كما یوصف بأنه فرض وواجب ومندوب ومكروه ومباح وحرام إلى غیر ذلك مما یرجع إلى نية العاقد وقصده الحقيقي من التعاقد بما یتنق مع حکم الشارع أو یختلف، وهذا الوصف یطلق علیه الأصوليون الحکم التکلیفی نسبة إلى التکلیف من الشارع بالفعل أو التترك ولا دخل لنا فی دراستنا بهذا. راجع لنا فی ذلك مباحث الحکم عند الأصولیین.

(٢) راجع فی هذا الزیلعی ج ٤ ص ٤٣ وما بعدها، الفتح ج ٥ ص ١٨٤ وما بعدها.

(٣) البدائع ج ٥ ص ٣٠٥ وإذا كان الخمر مبیعاً من المسلم كان العقد باطلاً، إذا كان الثمن مما یثبت دیناً فی الذمة نقداً لتعین المقصود بالتملك ولا یصح أن یكون محل العقد غیر متقوم، أما إذا كان التبايع بسلعة فالعقد فاسد عند الأحناف لأن الثمن یمکن أن یقصد بالتملك ویصیر هو المقصود بالتملك. ولا مانع من اعتبار الخمر ثمناً لأن الائمان یكفی فیها تحقیق المایة.

وكبيع المسلم سلعة ويتقاضى ثمنها خمرًا^(١). وكبيع المجهول جهالة تفضى إلى المنازعة والفرر - فالعقد غير صحيح فى كل هذا. فلا خلاف بين الفقهاء فى أن العقد ينقسم إلى صحيح وغير صحيح.

فالصحيح ما صلح سبباً ليرتب عليه حكم الشارع الذى جعله له، أو كما يقول الأحناف... ما شرع بأصله ووصفه، أى كان أصله صحيحاً وأركاناه مستوفاة ولم يكن منهياً عنه لذاته أو لما اتصف به، والعقود كلها فى ذلك سواء.

الصحيح النافذ: لا خلاف بين الفقهاء فى أن العقد إنما يكون نافذاً مترتباً عليه أثره إذا صدر من له ولاية إحداثه لأن الولاية شرط لنفاذ العقد كما قال الأحناف ومن معهم. ومتى كان العقد نافذاً لزم الوفاء به؛ ولأن العاقد ما أنشأ عقده إلا رغبة فى الالتزام بأثره المترتب عليه، غير أن العقود تختلف بطبيعتها فى ذلك فوق ما تقتضيه حاجة المتعاقدين ومصلحتهم فى بقاء العقد لارماً أو فى فسخه والخروج من الالتزام. فقسم الفقهاء العقد النافذ إلى لارم وغير لارم، ويسميه غير الأحناف بالجائز.

[أ] والعقد اللازم، إما أن يكون:

١ - لارماً لا يقبل الفسخ بطبيعته فلا يمكن لطرفى العقد أو أحدهما فسخه، كالخلع فإنه لا يمكن نقضه، ولا تحل الزوجة لزوجها بعده إلا بعقد جديد، ومن هذا القبيل تسليم الشفيع الشفعة بعد الإخبار الصحيح^(٢).

(١) المرجع السابق، ٣٠٥.

(٢) هذا النوع لا يدخله الخيار لأن طبيعة العقد لا تقبل الفسخ. قابل هذا بما جاء فى الأموال ونظرية العقد، وأحكام المعاملات، فقد جاء فيهما أن الزواج من القسم الذى يقبل الفسخ من جانب واحد لأن الفسخ مبنى على الرفع والانتها، ولكن قال صاحب البدائع «وعلى هذا فلا يثبت خيار الرؤية فى المهر ويدل الخلع والصلح عن دم العمد لأنها لا تحتل الفسخ».

٢ - أو عقداً لازماً لا يقبل الفسخ إلا بتراضى طرفيه فيتوقف قبوله الفسخ على رضا طرفي العقد كعقود البيع والإجارة والاستصناع والمزارعة والمساقاة وغيرها، إلا إذا اشترط أحد المتعاقدين لنفسه خيار الشرط، فإنه يملك بالشرط فسخ العقد دون الآخر. وبما لا يفسخ إلا برضاء طرفي العقد، الصرف^(١) مع ملاحظة ما قلناه من أن الشافعي والإمام أحمد يريان أن لكل واحد من المتعاقدين خيار المجلس في عقود المعاوضات المالية ونحوها، وأن الأحناف يرون خيار القبول دون خيار المجلس.

(ب) غير لازم وهو ما كان العقد بطبيعته غير لازم للمتعاقدين، ولكل منهما أن يستبد بفسخه، منفرداً دون رأى الآخر أو موافقته. كعقد الوديعة والعارية والوكالة إلا إذا تعلق بها حق الغير. وسائر عقود شركات الأملاك فكل هذه العقود غير لازمة ولكل واحد من طرفي العقد حق الفسخ منفرداً، أو كان العقد لازماً لأحدهما دون الآخر فلا يملك الأول الانفرد بفسخه ويملك ذلك الثاني، كعقد الرهن والكفالة، فإن المرتهن والمكفول له كلاهما غير ملتزم، ومن حقه أن يفسخ العقد من غير توقف على رضا الآخر، بينما يكون العقد لازماً بالنسبة للراهن والكفيل، ولعل^(٢) من هذا القيل الطلاق الرجعي بالنسبة للمطلق فإنه يملك إنهاء أثره بالرجعة بينما الزوجة المطلقة رجعيّاً يكون هذا الالتزام لازماً بالنسبة لها^(٣).

العقد الصحيح الموقوف^(٤): للأحناف والمالكية نظرية أخرى في العقد الصحيح. ويقررون فيه قسماً آخر لا يقرهم عليه الآخرون، وهو أن العقد إذا كان الذي يباشره رغم أهليته يفقد ولاية إصداره، كان صحيحاً موقوفاً نفاذه على

(١) هذان العقدان لا يدخلهما خيار الشرط أيضاً لأنهما من العقود الربوية.

(٢) وقد يختلف لأن الطلاق إذا حدثت الرجعة بقي له أثر وهو أنه يحتسب من عدد الطلقات بينما الفسخ يجعل الشيء كأن لم يكن.

(٣) والرجعة هي انجماع المطلق مطلقته على حكم النكاح الأول فإن كان الزوج قد طلق زوجته طلقة واحدة أو طلقتين بصريح اللفظ طلاقاً مجرداً فله مراجعتها ما دامت في عدته من غير أمرها. الهداية ج ٢ ص ٤.

(٤) راجع مجلة القانون والاقتصاد العدد ١ ، ٢ السنة الخامسة والعشرين.

الإجارة ممن له الولاية: كعقد الفضولى وبيع الصبى المميز والسفيه. وكالزواج دون شهادة الشهود وقت العقد، فإن مالكا يرى أن العقد الصحيح موقوف، فإذا تحققت الشهادة قبل الدخول مهما بعد الزمن انقلب صحيحاً نافذاً، وإلا فباطل^(١)، وبذا يكون العقد الصحيح عند الأحناف والمالكية نافذاً إن صدر ممن يملك إصداره، وموقوفاً إن صدر ممن هو أهل لإصداره ولكن ليست له ولاية لإنشائه، إذ الولاية عندهم شرط فى النفاذ لا فى الانعقاد. لكن غيرهم من الفقهاء يرون أن هذا النوع من العقود باطل، إذ الولاية شرط فى الانعقاد عندهم كما قلنا قبل، ولا يرون العقد الصحيح إلا نافذاً.

الحقبة بغير الصحيح.

ذهب جمهور الفقهاء من غير الأحناف إلى أن غير الصحيح قسم واحد لا يتعقد به عقد، ولا يترتب عليه أثره الشرعى لآى خلل فى صيغته أو ركنه أو محله أو فى العاقد أو فى أى وصف اتصل به يخرجها عن مشروعيتها. أو بمعنى آخر سواء أكان الخلل فى أصله أو فى وصفه، فعقد المجنون والصبى غير المميز والفضولى والصبى المميز كلها سواء، والتعاقد على الميتة كالتعاقد على شاة بثمن مؤجل لوقت الميسرة، وجعل الخمر محلاً للعقد كجعله ثمناً لسلة بالنسبة للمسلم إلى غير ذلك من العقود التى اعترضها ما يخرجها عن مشروعيتها فكلها لا تتعقد عندهم، ولا فرق بين تسميتها فاسدة أو باطلة.

أما الأحناف: فيفرقون بين ما إذا كان عدم صحة العقد ناشئاً لسبب فى أصله - العاقد والمحل وكون الصيغة قطعية الدلالة - يخرجها عن مشروعيتها كبيع المجنون والشيء المباح، وبين ما إذا كان أصل العقد صحيحاً لكن لحقه وصف ينهى عنه الشارع ويخرجها عن مشروعيتها كالبيع بثمن مؤجل إلى وقت الميسرة، ويسمون الأول عقداً باطلاً، والثانى عقداً فاسداً.

(١) لكن عند غير المالكية كان العقد غير صحيح ووجب التفريق بينهما. راجع للمؤلف، الفقه الإسلامى فى الزواج والفرقة وأثارهما، وراجع الأحوال الشخصية للأستاذ الدكتور الشيخ عبد الرحمن تاج ص ١٤.

العقد الباطل عند الأحناف وحكمه،

العقد الباطل ما لم يشرع بأصله ولا بوصفه أى يكون العقد ليس له وجود ولا انعقاد لأن العاقد غير أهل للتعاقد كالمجنون والصبي غير المميز أو لأن محل العقد لا يصح التعاقد عليه ولا يقبل حكم العقد شرعاً كبيع الميتة، وزواج المحرم أو معتدة الغير^(١) وكبيع المسلم خمرأً أو خنزيراً، وكبيع المنافع العامة والمباحة إلى غير ذلك مما لا يعتبره الشارع موجوداً أصلاً، ولا عبرة بوجود صورة العقد فى الخارج بين المتعاقدين إذ العبرة بالوجود المعتبر شرعاً الذى يترتب عليه الحكم^(٢).

العقد الفاسد،

أما إذا كان العقد قد وجدت أركانه ومحلّه وتحقق معناه ووجد القصد إليه لكن اتصل به وصف منهى عنه شرعاً ويخرج العقد عن مشروعيته كأن يصف البيع بالتأقيت، أو أن يكون الثمن مالا غير متقوم شرعاً أو أن يكون الثمن مجهولاً جهالة فاحشة أو كان العقد الفاسد بأنه ما شرع بأصله دون وصفه، أما أنه شرع بأصله فلأن شروط الانعقاد كلها صحيحة مستوفاة فهي مطابقة لما يتطلبه الشارع فى العقد، ولذا كان للعقد وجود معتبر شرعاً ما دام قد وجد بأصوله المشروعة، ولكن لما اتصل به أمر أو وصف غير مشروع يجعل العقد منهيّاً عنه شرعاً، فهو فى الواقع يشبه العقد الصحيح من ناحية مشروعية أصله وسلامته، ويشبه العقد الباطل من ناحية تعلق نهى الشارع عنه لما اتصف به، ولهذين الشبهين كان بين الوصفين وصف الصحة ووصف البطلان فوصفه الأحناف بالفساد.

(١) هى المطلقة من زوجها أو المتوفى عنها زوجها، ولم تخرج من عدته للتأكد من وجود حمل له فى الرحم.

(٢) وفى كتاب البدائع للكاسانى ج ٥ ص ٣٠٥ «البيع الباطل كل بيع فاته شرط من شرائط الانعقاد. ولا حكم لهذا البيع أصلاً لأن الحكم للموجود ولا وجود لهذا البيع إلا من حيث الصورة». وفى الهداية أن المبيع بيعاً باطلاً لو تم قبضه، فهلك. قيل هو أمانة فلا يضمه وقيل يضمن.

وهم وإن كانوا يرون العقد الفاسد منعقداً وله وجود إلا أن الشارع لا يقره ونهى عنه والزم بفسخه إلا إذا حدث في محل العقد ما يمتنع معه الفسخ^(١) كأن يكون عقد بيع وتصرف المشتري في المبيع بالبيع أو التغيير فيه بالزيادة أو النقصان، أو لفوات المحل كأن يكون المبيع داراً فهدمها أو شاة فذبحها أو دقيقاً فخبزه، أو غزلاً فنسجه أو ورقاً فطبع عليه، أو خشباً فصنعه إلى غير ذلك من الأمثلة^(٢). وفي إبقاء الشارع له عند استحالة الفسخ إقرار له، فهو إذاً موجود أصلاً في نظر الشارع لكنه لم يرتب عليه أحكاماً بل رتبها على تنفيذ العاقدین للعقد مخالفين أمر الشارع. فالعقد الفاسد لا يفيد الملك في المعقود عليه إلا بقبضه برضاء صاحبه، والمبيع مضمون على القابض إذا هلك في يده بمثله إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً.

غير أن الأحناف وإن فرقوا بين الباطل والفاسد في العقود ورتبوا لكل عقد حكمه، إلا أنهم في عقد النكاح لا يفرقون بين فاسد النكاح وباطله في الحكم لتحقق نهى الشارع عن الباطل والفاسد، إذ الزواج فيه ناحية تعبدية. والعبادات ليس فيها حكم للفاسد وحكم للباطل بل فيها يرتفع الفساد إلى درجة البطلان، وعلى هذا ففاسد النكاح كباطله سواء، وفي الواقع لمجد كتب الفقه الحنفى لا تفرق بين معنى فاسد وباطل في عقود النكاح^(٣).

منشأ الخلاف بين الأحناف وغيرهم

ومنشأ الخلاف بين الفقهاء أن الفساد والبطلان إنما يكون ناشئاً من نهى الشارع عن العقد لخروج العقد عن مشروعيته، فغير الأحناف يرون أن هذا النهى يقتضى عدم وجود العقد شرعاً. وهم لا ينظرون إلى سبب النهى هل هو لخلل في

(١) البدائع ج ٥ ص ٣٠٣.

(٢) وهنا إذا امتنع الفسخ واستحال الرد لزم المشتري مثله أو قيمته لا الثمن.

(٣) ففي البدائع ج ٥ ص ٢٣٥: «النكاح الفاسد ليس بنكاح حقيقة، وهو لا يفيد الحل» وفي الفتح ج ٢ ص ٣٨٢ «فاسد النكاح وباطله سواء بخلاف البيع» والزيلعي ج ٢ ص ٨١٣ يعبر عن النكاح غير الصحيح تارة بالبطلان من غير تغيير له، الحكم.

أصل العقد أو لوصف ملارم له أو طارئ عليه لا فرق عندهم بين شىء من ذلك، إذ نهى الشارع عنه قد تحقق والنهى فى الجميع ينتج عدم ترتب الأثر عليه، فإذا خالف شخص أمر الشارع وأقدم على عقد نهى عنه فلا أثر لفعله ولا وجود للعقد فى نظر الشارع فوق استحقاق الشخص للعقاب ويقولون إن الأحناف أنفسهم لا يترتبون أثراً على ما سموه فاسداً، وإنما يترتبون الحكم على تنفيذ العاقد أثماً للعقد لاستحالة فسخه، ويستدلون بقول الرسول صلى الله عليه وسلم: «كل عمل ليس عليه أمرنا فهو رد ومن أدخل فى ديننا ما ليس منه فهو رد».

أما الفقهاء الأحناف: فإنهم ينظرون إلى السبب الذى من أجله كان النهى، فإن كان السبب يرجع إلى أصل العقد فينعدم وجوده فى نظر الشارع لانعدام جزء مما يتكون منه العقد، وما دام العقد لم ينعقد فهو لم يوجد، وإذا وجد فى الصورة يكون وجوداً باطلاً فى نظر الشارع، وأما إذا كان النهى بسبب وصف لحق بالعقد ولازمه فإنه سيكون منعقداً لسلامة ما يتم الانعقاد به ويقع عليه من تحريم الشارع إلا أنه يفسد فلا يترتب عليه أثره الشرعى رغم وجوده لنهى الشارع عن الوصف الذى لازمه. ويستدلون على وجوده بأنه إذا رفع الوصف الذى اقتضى النهى والفساد صح العقد وترتب عليه أثره، فإذا تعين موعد دفع الثمن مثلاً أو ارتفع الشرط - كمن باع بشرط أن يسترد المبيع بعد سنة عند إعادة الثمن مع انتفاع المشتري بالمبيع^(١) - أصبح صحيحاً لازماً، وفى هذا دليل وجوده منعقداً.

ومن ناحية أخرى فإنهم يرون أن النهى عن العقود لا يستلزم دائماً البطلان، وكثيراً ما يرد النهى دون ارتفاع العقد وبطلانه ويكون المقصود بالنهى كراهة الفعل وإثم العاقد فقط، كالبيع وقت صلاة الجمعة فقد نهى عنه الشارع: «يا أيها الذين آمنوا إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله وذروا البيع»^(٢)، وفى هذا أمر من الشارع بترك البيع وقت النداء لصلاة الجمعة وليس فى المخالفة بطلان

(١) وهو ما يسمى فى القانون بالبيع الوقائى.

(٢) سورة الجمعة ج ٩/٢٨.

للعقد وإنما هي الكراهة^(١) فقط، لأن النهي ليس شيء في نفس العقد ولا لوصف فيه ملارم له، ولكنه في شيء آخر وهو الوقت، ومنها النهي عن الصلاة في الأرض المغصوبة ومنها نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن أن يبيع الرجل على بيع أخيه أو يخطب على خطبة أخيه إلا أن يأذن له^(٢)، وقد ساق صاحب الهداية على ذلك الكثير من الأمثلة، ثم يقول: وكل ذلك يكره كما ذكرنا، ولا يفسد به البيع لأن الفساد في معنى خارج رائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة، ومنها كما يقول صاحب البدائع الاحتكار والغش، وهو أن يمدح السلعة ويطلبها بثمان ثم لا يشتريها بنفسه ولكن ليسمع غيره فيزيده في ثمنها، وأنه مكروه لنهى الرسول صلى الله عليه وسلم، ولأنه احتيال للإضرار. والمثل كثيرة في كتب الفقه فارجع إليها^(٣).

(١) وفي شرح النيل ج ١ ص ٥٠٦ «ولا ينعقد بيع بعد الأذان، وقيل ينعقد وعصى المتبايعان عصياناً، وكذا النكاح وكل عقد كعقد الأجرة وعقد القرض والكراء والرهن وأخذ الشفعة، وفي الانقضاء قولان وحرم جميع ما يشغل عن إجابة النداء» ثم يقول في ٥٠٧ «ولو عقد بيعاً أو غيره في طريقه ولو ماشياً أو مع من لا تلزمه الجمعة فلا يجهز ذلك لأنه يشغل قلب ولسان عن الذكر والفكر، وجاز عقد البيع والنكاح وغيرهما لمن لا تلزمه الجمعة ولو بعد أذان وخطبة» ويرى المالكية أنه إذا وقع البيع الماكور كان فاسداً ويفسخ إلا إذا تعلم فإن البيع يفسد ونجس القيمة يوم القبض لا الثمن الذي تم عليه التعاقد. ويرى الحنابلة أن هذا العقد لا ينعقد» راجع في هذا أيضاً المغنى ج ٢ ص ٢٩٨. وجاء في رسالة رفع الإغلاق عن مشروع الزواج والطلاق للمرحوم الأستاذ الشيخ محمد باخيت مفتي مصر سابقاً طبع المطبعة السلفية سنة ١٣٤٦ هـ ص ١٤، ١٥ «هل النهي يقتضي بطلان المنهي عنه فلا يترتب عليه إذا وقع أى أثر شرعى أو يقتضى صحته وترتب آثاره الشرعية عليه مع تأييد المخالف؟ اتفق الحنفية والشافعية على أن النهي إذا كان لذات الفعل أو لصفة لازمة لذات الفعل بحيث لا يتفك عنه أصلاً اقتضى البطلان وعدم ترتب أى أثر عليه كبيع الخمر والميتة حتف أنفها، وإذا كان النهي لصفة يكون بينها وبين الفعل صوم وخصوص مطلق بأن يتفرد أحدهما دون الآخر فهو الذى فيه الخلاف كمن نذر صوم النحر وصامه فعند الأحناف يصح الصوم ويأثم وعند الشافعية لا يصح الصوم أصلاً. أما إذا كان النهي لصفة بينها وبين الفعل عموم وخصوص وجهي بأن كان يتفرد كل منهما عن الآخر كالبيع وقت أذان الجمعة فهذا صحيح باتفاق علماء أهل السنة فيصح عقده ويأثم لمخالفة النهي. فلذلك فرق الحنفية بين الفاسد والباطل في البيع» وراجع في هذا باب صلاة الجمعة من كتب الفقه.

(٢) وفي رواية حتى يستاع أو يلد. الزيلعي ج ٤ ص ٦٧، المبسوط للسرخسي ج ١٥ ص ٧٥، ٧٦.

(٣) الهداية ج ٣ ص ٤٣ - ٤٤ الفتح ج ٥ ص ٢٢٩ - ٢٤٥، البدائع ج ٦ ص ٢٢٣، الزيلعي، ج ٤ ص ٦٧ إلى ص ٩، مقدمات ابن رشد ج ٢ ص ٢٠٣ وما بعدها، ص ٢١٩، وما بعدها.

المبحث الثالث

اقسام العقد من ناحية اتصاله بالزمن

أولاً، أقسامه باعتبار أن الزمن جزء منه،

العقود بطبيعتها تختلف من ناحية وجود أثر الحكم دفعة واحدة أو دفعات متتالية مستمرة. فمثلاً فى عقود تملك الأعيان تنتقل ملكية البائع والمتبرع فى محل العقد إلى المشتري أو الموهوب له بمجرد إتمام العقد أو عند التسليم دفعة واحدة. فبعد أن كانت العين مملوكة للبائع أو الواهب انتقلت ملكيتها دفعة واحدة للمشتري والموهوب له.

وفى مقابل هذا نجد عقود المنافع، كالاستصناع والمزارعة والمضاربة والإجارة والعارية وأمثالها، فإن أثر العقد لا يظهر فيها دفعة واحدة، وإنما يتجدد ساعة فساعة، ولا بد لظهوره من وجود العنصر الزمنى عضواً أساسياً فى العقد. فممنفعة المستأجر بسكنى الدار لمدة سنة، لا يمكن أن يملكها ويتحقق قصده من عقد الإجارة دفعة واحدة، وإنما يتحقق هذا على التالى مع مضى الزمن المذكور فى العقد.

ولقد تكلم الفقهاء فى هذا كثيراً وتناولوا الموضوع من جهة أنه: هل يوجد الحكم المستمر نتيجة عقد واحد أو أن العقد يتجدد من تلقاء نفسه ساعة فساعة، أو أن يستمر ويرد عليه هذا الأثر المتجدد من تلقاء نفسه حتى تنتهى مدة العقد. ثم تكلموا عن المدة، وهل لابد من تحديدها فى العقد، إلى غير ذلك مما لا تتسع له دراستنا ولا وقتنا^(١).

(١) راجع المبسوط ج ١٥ ص ٧٤ كتاب الإجارة، ص ١٠٩، وابن عابدين ج ٥ ص ٣ وما بعدها وتكملة الفتح ج ٨ ص ١٠٧ وما بعدها ص ٢٧٦، ج ٨ ص ٨، والمغنى ج ٥ ص ٣٩٨ وما بعدها، والبذائع ج ٤ ص ١٧٣. ثم راجع مع هذا رسالة الأستاذ الدكتور عبد الحى حجازى، «عقد المدة».

ثانياً، من ناحية زمن اتصال الحكم بالصيغة،

صيغة العقد هي الكاشفة عن رغبة المتعاقد فى الوصول إلى الأثر الذى رتبته الشارع، كما أنها تدل على الزمن الذى يرغب ظهور الحكم فيه، هل يكون متصلاً بزمن الصيغة، أم يجوز أن يكون فى وقت آخر يحدده فى صيغته ويضيف طلبه للحكم إليه، وقد تدل هذه الصيغة على إرادة الحكم فى الزمن الذى يوجد فيه شيء آخر يعلق على وجوده العقد وحكمه.

وصيغة العقد وإن كانت تحدد زمن ظهور الحكم فإن العقود مع هذا لها دخل فى ذلك، إذ هى بحسب طبيعتها تختلف. فمنها ما لا يخضع لإرادة المتعاقد لأنها يظهر فيها أثرها ويترتب عليها الحكم الذى جعلها الشارع سبباً فيه بمجرد تمام الصيغة مع تمام التقابض أو من غير حاجة إلى ذلك، فلا تقبل التعليق على اشتراط حدوث شيء غير موجود وقت التعاقد، ولا تقبل إرجاء حكمها إلى زمن آخر بعد أم قرب، كالزواج والبيع والهبة والقرض والرهن، ومن العقود ما طبيعتها تمنع ظهور أثرها إلا فى زمن مستقبل كالوصية؛ فإن عقد الوصية لا يمكن أن يظهر أثره فى الحال، ولا بد لظهور حكمه من أن يكون فى زمن عقب وفاة الموصى، وسيان فى ذلك أن تكون الصيغة قد نص فيها على ذلك أم لم ينص، إذ العقد بطبيعته لا يكون إلا مضافاً إلى ما بعد الموت، ومن العقود ما هو مرن بطبيعته يقبل تكيف العاقد له، ويتأثر بما يضيفه العاقد فى صيغته، فقد يتصل الحكم بمجرد تمام الصيغة، وقد ينفصل الحكم عن الصيغة بمجرد الفاصل الزمنى، أو يكون معلقاً على تحقيق شيء آخر غير موجود وقت التعاقد، وذلك كعقد الإجارة فإنه يصح أن يبدأ من وقت التعاقد، كما يصح أن يبدأ من وقت معين بعد ذلك، وكعقد الطلاق فإنه يصح أن تنتهى الزوجية فى الحال وأن يكون ذلك فى وقت معين فى المستقبل أو معلقاً حدوثه على شيء آخر يرتبط وجوده بوجوده. وكعقد الوكالة وغيرها من العقود التى تتكيف حسب رغبة العاقد.

وبناء على ما تقدم، تسم الفقهاء العقد إلى منجز إن ترتب عليه أثره فى الحال، وغير منجز إن لم يترتب عليه أثره فى الحال؛ لأن الحكم قد أضيف إلى زمن مستقبل، أو لأن العقد علق وجوده على وجود شيء آخر وبهذا يكون العقد إما منجزاً أو مضافاً أو معلقاً.

العقد المنجز: ما يتعقد بصيغة تفيد وجود العقد ووجود حكمه فى الحال، سواء أكانت الصيغة وحدها تكفى لانعقاده ووجود حكمه كالبيع والإجارة، أم كان لابد مع الصيغة من القبض كما فى عقد الصرف والسلم، وكما فى عقود التبرعات كالهبة والصدقة والقرض والرهن^(١)، فما دام العقد تترتب آثاره عليه فى الحال إذا لم يدخله خيار شرط فإنه يكون منجزاً.

والأصل فى العقود أن يكون حكمها منجزاً لأن العاقد لا يقصد العقد إلا رغبة فى أثره، إلا عقد الوصية فإنه بطبيعته لا يكون الحكم فيه إلا مضافاً إلى ما بعد وفاة الموصى، لاحظ الموصى ذلك فى وصيته، أو أغفله، فإن حكمها لا يظهر ولا يتصل بالصيغة إلا بعد موت الموصى مصراً على وصيته، ومع هذا فصيغة الوصية تصح أن تكون منجزة ومضافة ومعلقة^(٢).

(١) أما الصرف والسلم فلأنهما من العقود الربوية. اشترطوا فى الصرف قبض العوضين وفى السلم قبض العاجل فى المجلس، وأما الهبة والصدقة والعارية وما فى حكم ذلك فإنها عقود غير لازمة على الوجه السابق بيانه، وهى وإن كانت صحيحة إلا أن نفاذها والإلزام بها لا يتم إلا بالقبض، وإلا لو تمت من غير قبض لكان لزوماً لا يلزم، ولذا كان القبض فيها يعتبر قبولاً ويفنى عنه. أما الرهن وإن كان لازماً بالنسبة للراهن إلا أن الفقهاء اشترطوا لتمامه تمام القبض لقوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ لكن المالكية يرون هذه العقود لازمة بمجرد تمام الصيغة ويصح المطالبة بها جميعاً. لكن الرهن وإن كان لازماً فى نظرهم وله حق المطالبة به إلا أنهم يرون أن المرتهن ليس له امتياز على العين المرهونة. وقد تكلم الفقهاء كثيراً فى هذا وفيما يتم به القبض فارجع إلى كتبهم، فى باب الهبة والرجوع فيها، والعارية والوديعة، والرهن والسلم، والصرف فإن فيها التفصيل الوافى.

(٢) راجع لنا فى ذلك كتابنا الوصايا فى الفقه الإسلامى ص ٣٠٨ - ٣٠٩ وفيه ما لحظناه على ما جاء بكتابنا شرح قانون الوصية لفخيلة الأستاذ الشيخ أبى زهرة - الطبعة الثانية ص ٣٧ من أن صيغة الوصية لا تكون منجزة.



العقد المضاف: ما أفادت صيغته وجود العقد في الحال مع إضافة الإيجاب إلى زمن مستقبل، ولم يقصد بالعقد الوصول إلى حكمه إلا في الزمن الذي أضيف إليه مستقبلاً، فلا يكون العقد رغم وجوده مفضياً إلى حكمه إلا وقت حلول الزمن المضاف إليه كأن تستأجر مسكناً أو متجراً أو خادماً وتضيف العقد إلى أول الشهر القادم. فإنه برغم وجود العقد وانعقاده باعتباره سبباً لترتيب الحكم الشرعي إلا أن الصيغة نفسها دلت على تأخر هذا الحكم إلى زمن تحدّد في الصيغة، فلا يملك المستأجر بناء على هذا أن يتنفع بمحل العقد قبل الزمن الذي أضيف إليه الانتفاع، ولا الموجر أن يتنفع بالاجر قبل ظهور الحكم، وإذا انتفع فلا يكون ذلك بمقتضى العقد، وإنما يكون الآخر متبرعاً بالتعجيل^(١).

والعقد المضاف وإن كان عند الاحتاف يشبه العقد الموقوف على الإجارة من ناحية انعقاد العقد ووجوده مع تخلف ظهور الحكم فيه إلى زمن آخر وانفصال الحكم عن الصيغة إلا أنه يختلف عنه من جملة نواحي، فعدم اتصال الحكم بالصيغة في العقد المضاف إنما نشأ من الصيغة نفسها لكنه في الموقوف تخلف الحكم لأمر خارج عن الصيغة وهو إجارة من له الولاية؛ ولأن العقد المضاف لا يمكن أن يتحقق الحكم فيه قبل الزمن الذي أضيف إليه، بينما في الموقوف تكون الإجارة اللاحقة كالإذن السابق ويكون للحكم بها أثر رجعي من وقت انعقاد العقد إلا في العقود والتصرفات التي تقبل التعليق. كالطلاق والعناق وقد سبق بيانه. وإيضاً فإن العقد الموقوف قد ينقلب باطلاً ولا يتصل به حكم، بينما المضاف يتصل به الحكم في الزمن الذي أضيف إليه الإيجاب ما دام صحيحاً نافذاً، ومع هذا فيكون المضاف موقوفاً ونافذاً ويكون الموقوف مضافاً وغير مضاف.

(١) فاشتراط الموجر أو المانع تعجيل الاجر قبل الزمن الذي أضيف إليه العقد يناقض العقد نفسه إذ الإضافة تقتضي ظهور الحكم، وتملك الاجر أو المنفعة مترتب على ظهور الحكم ولكن الناس تعارفوا عليه ولذا فهو شرط صحيح.

العقود والأضافة،

(أ) من العقود ما لا يكون إلا مضافاً إذ طبيعته تقتضى ذلك وهو عقد الوصية، فإنه لا يظهر حكمه إلا بعد وفاة الموصى، سواء ظهرت الإضافة أم لا. ومع هذا فإنه يصح فيها التعليق وعدمه.

(ب) ومنها ما لا تقبل الإضافة وهى العقود التى تفيد تمليك الأعيان فى الحال كالبيع والهبة والإبراء من الدين والشركة والزواج والرجعة. لأن الأصل فى العقود أن يتصل الحكم بالصيغة، وهذه عقود يمكن نفاذها فى الحال. وقد وضع المتأخرون من الفقهاء قاعدة: «كل ما أمكن تمليكه فى الحال لا يصلح تعليقه على شرط ولا إضافة إلى زمن إلا عقدى الوصية والإيصاء». فما يمكن تمليكه فى الحال وأضيف إلى زمن مستقبل يتنافى مع ما جعله الشارع له من إفادته الأثر فى الحال.

(ج) ومنها عقود مرنة تصح أن تكون منجزة كما تصح مع الإضافة إلى المستقبل حسب صيغة التعاقد ورغبته كالإجارة ونحوها من عقود تمليك المنافع المالية لأن التمليك فيها لا يكون دفعة واحدة وإنما الزمن عنصر أساسى فيها فناسبت طبيعتها أن تقبل الإضافة لأن التمليك فيها يستحيل أن يكون جميعه فى الحال^(١).

ومما يقبل الإضافة والتنجز الكفالة والحوالة من عقود الالتزام لأن طبيعتها أنها لا تفيد أثرها فى الحال فقد لا يدفع الكفيل لوفاء الدين وقيام المدين بما هو ملتزم به. وقد يدفع الوكيل بعد مدة، فيصح أن تقول إذا لم يدفع لك فلان ما عليه إلى أول الشهر فأنا به كفيل.

(١) راجع فى هذا كتاب ابن عابدين ج ٥ الإجارة ص ١٤٣، تكملة فتح القدير ج ٢ ص ١٤٧، ١٤٨، ١٨٦ المبسوط ج ٥ كتاب الإجارة ص ٧٤ وما بعدها، ص ١٠٤، ١٢٩ إجارة الدور والبيوت.

من هذا القسم عقود الإطلاقات أيضاً - عدا الإيصاء - كالوكالة والقضاء، وكذا عقود الإسقاطات كالطلاق والوقف والخلع من الزوج نفسه. هذه هى نظرة الفقهاء للعقد المضاف، وقد تناول القانون هذا بعنوان الأجل فى المواد من ٢٧١ - ٢٤٧^(١).

المقطع المعلق، ما رتب وجوده على وجود أمر آخر فى المستقبل^(٢)، كأن يقول شخص إذا نجحت فى امتحان هذا العام تصدقت بمبلغ كذا على الفقراء، فإنه علق حصول التصديق على حصول النجاح فلا يكون ملتزماً ديانة إلا إذا نجح، أو إن أقرضت فلاناً كذا فأنا كفيل، فإنك قد عقلت كفالتك على وجود شيء آخر،

(١) وهى تبحث فى قيام الأجل وما يترتب عليه بعد قيامه من الآثار، ويستخلص من هذه المواد أن الأجل الذى يقترب به الالتزام هو أنه مستقبل محقق الوقوع يترتب على وقوعه نفاذ الالتزام وانقضاؤه، وقد ينشأ الالتزام منجزاً ثم يضاف إليه بعد ذلك فينتقل موصوفاً ولا يكون الأجل أمراً ماضياً أو حاضراً حتى لو كان طرفاً الالتزام بجهلان وقت التعاقد أن الأجل الذى يضربانه قد حل، كأن يضرب شخص أجلاً لنفاذ التزامه قدوم أول قافلة من الحجيج، وكأنا يجهلان قدومها فعلاً فإن التزامه منجزاً حال الأداء، ويجب أن يكون محقق الوقوع ويعتبر كذلك متى كان وقوعه ممكناً ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه، فالموت مثلاً أمر محقق الوقوع لكن لا يدرك وقته، ومن ثم فالالتزام شركات التامين على الحياة من قبيل الأجل لا الشرط، ورجوع قوافل الحجاج أمر محقق الوقوع مستقبلاً لكن لا يعلم موعد رجوعها قافلة بعد أخرى فإن ذلك لا يعلم بالضبط. أما التزام المدين بسداد الدين عند عودة الدائن من الحج فهو شرط لأن رجوعه محتمل إذ قد يموت، والتزام المدين بالوفاء عند الميسرة (م ٢٧٢) ينطوى على أجل غير معين أيضاً.

الأجل عنصر عارض فى الالتزام كالشرط فهو لا يقترب بالالتزام إلا بعد استيفاء الالتزام جميع عناصره الجوهرية. والأجل يكون واقفاً فاسخاً أيضاً، وقد تناولت المادة (٢٧٤) الكلام عن الآثار المترتبة فى الأجل من أن الالتزام لا يكون نافذاً إلا فى الوقت الذى ينقضى فيه الأجل، وفى الأجل الفاسخ يترتب روال الالتزام دون أن يكون لهذا الزوال أثر رجعى. راجع للدكتور السهورى الوسيط ج ٣ من ٧٤ - ١٢٢.

(٢) أو هو ما أفادت صيغته الالتزام بوجوده على وجود شيء آخر بأداة من أدوات الشرط «إن وإذا وإذا ما، ومتى، ومثلما، وكل وكلما، ولو، ونحو ذلك» فالتعليق هو ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى بأداة من أدوات الشرط، ففى الحقيقة أن الالتزام يشتمل على جملتين فعل الشرط «المعلق عليه» وجواب الشرط «المعلق».

ولا وجود للمعلق إلا بوجود المعلق عليه فعلاً^(١)، ولا بد لتحقيق التعليق من أن يكون المعلق عليه أمراً ممكناً مشروعاً، وأن يكون مستقبلاً غير محقق الوقوع.

فإذا كان المعلق عليه مستحيل الوقوع عقلاً أو عادة كان العقد باطلاً، ويكون قصد المتكلم إيذان المخاطب تأكيد استحالة وقوع هذا الالتزام، كأن تقول لشخص إن شربت ماء النيل كله فأنا كفيل عنك في دينك، أو إن تكلم الجمل أضمن لك الدين الذي على فلان أو إن دخل الجمل فسي سم الخياط وكلتك عنى في إدارة أعمالى، فإنه لا ينعقد ولا يفسخ بذلك عقد ولا يسقط حق.

أما إذا كان المعلق عليه قد حدث فعلاً عند التعليق أو قبله، كان العقد منجزاً والتعليق صورياً كأن تقول لآخر إن نجحت في الامتحان فأنت وكيل عنى في كذا وتكون النتيجة ظهرت فعلاً ونجحت، أو تقول إن كان أخى مديناً لك بكذا فأنا كفيل، ثم يظهر أنه مدين فعلاً من قبل، أو أن يقول رجل لامرأته إن كانت قد ذهبت اليوم إلى جهة كذا فأنت طالق، أو أن يقول شخص لآخر بعثك هذه الدار بألف جنيه إن شئت لأن العقد فى الأمثلة الأولى التعليق فيه صورى، وفى المثال الأخير العقد نفسه لا يتم إلا بالقبول، وهو نفسه إظهار لمشيئته^(٢).

- (١) وبذا نجد أن الأحكام بالنسبة لاتصالها بالعقود أربعة أقسام: ١ - الانتصار وهو ثبوت الحكم وقت وجود السبب فى الحال فالحكم يبتدى من وقت وجود السبب مقتضراً عليه فلا يتقدمه ولا يتأخر عنه إلا إذا كان يقبل خيار الشرط ووجد فعلاً. ٢ - الانقلاب: وهو صيرورة ما ليس بعلة علة كالتعليق، فعلاً قول الرجل لامرأته أنت طالق علة لثبوت حكم الطلاق ولكن إذا علقه على خروجها إلى جهة معينة لا يعتبر قوله أنت طالق علة لظهور الحكم إلا عند وجود الشرط المعلق عليه وهو خروجها إلى هذه الجهة فينقلب ما ليس بعلة علة ويظهر حكم الطلاق عند تحقق الخروج. ٣ - التبيين: وهو أن يظهر فى الحال تقدم الحكم، وهذا كالتعليق على شيء ظهر أنه حدث من قبل، مثل إن كان أخى مديناً لك فعلاً فأنا كفيل. ٤ - الاستناد وهو أن يكون للحكم أثر رجعي رغم ثبوته فى الحال مثل حكم عقد الفضولي وعقد الصبي المميز بعد إجازتهما ممن يملك الإجازة ومثل حكم العقد الذى اتصل به خيار الشرط بعد البت فى الخيار.
- (٢) وقد ألقى الفقهاء بهذا ما لو قال له أقرضتك مائة جنيه إن أعطاني محمد ما عليه من دين فقال قبلت فأعطاء محمد - وكان بالمجلس - ما عليه. واعتبروه فى حكم المنجز استحساناً، وإن كان القياس يقتضى غير ذلك، وبناء عليه لو كان عقد رواج وقال تزوجتك إن قبل أبوك. فقالت قبلت - وكان أبوها فى المجلس - فرضى بذلك انعقد العقد ما دام مستوفياً شروط الانعقاد.

ولا يكون التعليق حقيقياً إلا إذا كان المعلق عليه لم يحدث فعلاً وكان محتمل الحصول أو كان حصوله واجباً وهذا هو الأصل في التعليق كأن تقول لآخر إن أشرقت شمس الصباح فأنت وكيل عني في شراء كذا أو إن أقرضت فلاناً عشرة جنيهات فأنا كفيل، أو إن قال لامرأته إن خرجت من المنزل فأنت طالق، فإن هذه العقود معلقة على شروق الشمس وعلى الإقراض وعلى الخروج. فإذا حدث شيء من ذلك وجد المعلق وتحقق العقد وظهر أثره، أما إذا لم يتحقق المعلق عليه فإنه لا أثر للعقد المعلق.

والحق أنى لا استسيع القول بأن التعليق على ما هو واجب الحصول يعتبر تعليقاً فإن ما قاله الفقهاء من جعل الالتزام على شروق شمس الصباح تعليقاً ينقصه الدليل. والواقع أن ما دفعهم إلى هذا القول بأن المعلق هو ما دلت صيغته على التعليق بأداة من أدوات الشرط، وهذا أمر شكلى صرف لأن الإضافة قد تكون فى صيغة التعليق فإذا أردت أن أوجل التزاماً إلى الغد فيصح أن أقول أنت وكيل عني من صباح الغد، أو إن أشرقت شمس الصباح فأنت وكيل عني، وهما بمعنى واحد. لكن ينبغى أن يقتصر المعلق على ما كان التعليق فيه على حصول أمر مستقبل يحتمل الحصول وعدمه، أما إذا كان التعليق على شيء محقق الحصول فإنه ينبغى أن يكون من باب الإضافة^(١).

الحقوق بالنسبة للتعليق:

نظر الاحناف إلى العقود بالنسبة لقبول التعليق وعدمه وقالوا إن منها: ^(١)

(٢) ما يصح تعليقه على أى شرط ملائماً كان أو غير ملائم^(٢) لاتقاء الغرر، أو لأنها

(١) وهذا فى نظر القانون يعتبر التزاماً موجلاً لا معلقاً على ما بيناه قبل ومن هذا التزام شركات التأمين على الحياة، راجع السهوى فى الموجز ج ٢ ص ٤٧٤ وفى الوسيط للسهوى ج ٣ ص ٧، فالفرق الجوهرى ما بين الشرط والأجل هو إذن تحقق الوقوع وعدم تحققه: فكلاهما أمر يقع فى المستقبل. ولكن الأجل محقق الوقوع أما الشرط فوقوعه غير محقق.

(٢) الشرط الملائم ما كان شرطاً للزوم الحق كقولك إن استحق المبيع فأنا كفيل باليمن، أو كان شرطاً لإمكان استيفاء الحق مثل إن قدم ريد ولم يؤد ما عليه فعلى دينه، أو شرطاً لتعذر الاستيفاء: إن أفلس المدين فأنا كفيل بالدين.

غير ملزمة أو لأن طبيعتها لا تمنع ذلك مثل النذر، كان تقول لله على نذر إن نجحت في امتحان هذا العام لأتصدقن بكذا على الفقراء، وكالوكالة فتقول: إن سافرت فأنت وكيل عني. وكالوصية فتقول إن مت فلك ثلث مالي وصية، والإيصاء كأن تقول إن مت فأنت وصي على أولادي^(١). وقالوا إن جوار تعليق الوصية والإيصاء لاحترام إرادة المتوفى.

وأجاروا تعليق الإسقاطات مطلقاً، بل أجاز الحنفية والمالكية تعليق الطلاق على الزواج نفسه فيصح أن يقول «إن خرجت أو خرج فلان أو إن ولدت أنثى فأنت طالق أو إن تزوجتك فأنت طالق»^(٢) ومن الإسقاطات التي تقبل التعليق على أي شرط تسليم الشفيع، كان يقول: «إن كان ثمن المبيع ألفاً فقد أسلمت في الشفعة» أو يقول «إذا لم أدفع الثمن غداً فقد أسقطت حق في الشفعة» أو إن اشترت داراً أخرى، أو إن سافرت إلى جهة كذا أسقطت حق فيها.

(ب) ومنها ما لا يصح تعليقها على مطلق شرط بل على شرط يتناسب مع مقتضى العقد شرعاً أو عرفاً بأن كان أساساً لوجود العقد نفسه، أو كان سبباً لثبوت الحق، وذلك في عقود الالتزامات التي يكون متبرعاً بها غير ملزم عند إنشائها وهي تشمل: الكفالة والحالة والإذن للصبي بالتجارة، فيصح أن يقول إن أقرضت فلاناً كذا فأنا كفيل ويصح أن يقول البائع للمشتري إن استحق أحد المبيع فأنا كفيل بالثمن، ويصح أن يقول شخص لآخر: إن لم يدفع المدين لك ما عليه من دين فأنا قابل للحالة على به، ويصح أن يقول الوصي للصبي المميز: إن أظهرت حسن تصرف وخبرة في الأعمال فقد أذنت لك في التجارة، أما التعليق على ما لا يتلاءم مع طبيعة العقد فلا يصح ولا تتم معه هذه العقود.

(١) وعلى هذا المناهضة أيضاً راجع كشاف القناع ج ٢ ص ٢٣٦، ومنتهى الإرادات بالهامش.
(٢) والظاهرية أبطلوا تعليق الطلاق مطلقاً على أي شرط لأن الله يقول: وإن عزموا الطلاق. راجع المحلى لابن حزم. بينما ابن تيمية يرى البحث عن القصد من تعليق الطلاق هل يقصد حقيقة الطلاق إذا حدث المعلق عليه أم لا يبنى الحكم على أساس ذلك، راجع فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣. وبه أخذ القانون ٢٥ سنة ١٩٢٩م ٢ «لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير»

(ج) ومنها ما لا يقبل التعليق بطبيعته، فإذا علقت فسد العقد، وهي عقود التمليك مطلقاً^(١)، وما أشبه التمليك من الإسقاطات كالوقف، وعقود التقييدات كالرجعة وعزل الوكيل والحجر على الصبي المأذون له بالتجارة، فلا يصح العقد إن قال شخص لآخر بعثك داري هذه إن باعك فلان داره، أو أجرتك داري إن نقلت إلى بلدة أخرى، أو تزوجتك إن قبل أبي، أو وهبتك هذه السيارة أو هذا الكتاب إن نجحت في الامتحان، أو تقول للدائن رهتك هذه الدار إن اشتريت داراً أخرى، أو تقول لآخر إن بعث لي أرضك هذه وفتتها على جهة كذا. أو يقول شخص لمطلقة: إن تزوج أخى فقد راجعتك إلى عصمتي. أو أن يقول شخص لوكيله: إذا حضر فلان فانت معزول من وكالتى، إلى غير ذلك فإنه لا يصح مع التعليق أى عقد من هذه العقود، ولا يتم معها بيع أو إجارة أو رواج أو هبة أو رهن أو وقف أو رجعة أو عزل أو ما يكون من هذا القبيل.

تعليل الأحناف لما قالوه فسد تعليق العقود وعظمه والرأى فسد ذلك،

هكذا يقول الأحناف وكثير من الفقهاء بالنسبة لعقود التمليكات، ويعلمون بأن الأصل في العقود أن يترتب أثرها عليها في الحال والتعليق يمنعه^(٢)، وإن في تعليق العقد معنى المقامرة، إذ العقد مع التعليق يحتمل الوجود والعدم، وعلى افتراض وجوده عند تحقيق الشرط قد تكون رغبته في العقد قد زالت فيتزعزع الرضا أو يزول من نفسه، وأساس العقود هو الرضا، فالأصل النهى عن تعليقها^(٣).

(١) إلا ما كان يقبل خيار الشرط كالبيع والإجارة فإن التعليق فيها على الخيار جائز لأن الشرع قد ورد به.

(٢) كشف القناع ج ٢ ص ٤١ ومتهى الإرادة عليه ج ٢ ص ٢٧.

(٣) راجع في كل ما تقدم رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار المعروف بحاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٤٥ إلى ٢٥٨، والزهلى ج ٤ ص ٤١، والمغنى ج ٦ ص ٢٥٦ وفيه «أن الهبة لدى الأحناف والشافعية والحنابلة لا يجوز تعليقها على الشرط لأنها تمليك لمعين في الحياة والتمليك لا يقبل التعليق».

وفى الواقع إننا لم نجد نسباً يؤيدهم ولم نقف فى كتبهم - مع كثرة ما رجعنا إليه منها - على نص يستدلون به أو يؤيد مدعاهم على أن تعليقهم غير مسلم به، أما بالنسبة لعقود التبرعات فإن الإمام مالكا رضى الله عنه قد أجاز تعليقها ولا ضرر من ذلك، فما الغرر والمقامرة التى تنتج من أن أحب لآخر شيئاً إن لم نجد فى الامتحان؟ وما الضرر الناتج من أن أعيرك كتابى إن جاءنى كتاب آخر، ومع هذا فقد روى الرسول صلى الله عليه وسلم أنه علق هبة إلى زوجته أم سلمة فقال: «إنى قد أهديت إلى النجاشى حلة وأوانى من مسك، ولا أرى النجاشى إلا قد مات، ولا أرى هديتى إلا مردودة فإن ردت على فهى لك»^(١).

ثم لم هذا المنع فى غير عقود الزواج والخلع^(٢)؟ أما كان الأفضل أن نترك الناس وما يشترطون ما دام الشرط ارتضاء المتعاقدان وعلقا العقد أو الالتزام عليه والمؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالاً.

والحق أن المعاملات المالية لو كانت لا تقبل التعليق لما أقدم الرسول على تعليق الهبة، ولما صح تعليق الوصية والإيضاء، والتفريق بين الوصية والبيع تفريق لا مبرر له؛ بل إن فى إطلاق النصوص ما لا يمنع التعليق^(٣).

ومن هذا يظهر أن تفرقة الأحناف ومن معهم بين العقود بعضها وبعض تفرقة ينقصها الدليل ولا مبرر لها، وأن التعليق على الشروط ينبغى أن تكون جائزة ملزمة ما دامت لا تخالف نصاً فلا تحرم حلالاً أو تحل حراماً.

ش

(١) عن أم كلثوم بنت أبى سلمة. راجع للشوكانى نيل الأوطار ج ٦ ص ١٠٠.
(٢) أما عقد الزواج والخلع فسلامة الأسرة تقتضى أن يكون العقد فيها جارماً قاطعاً، ومع هذا فقد جاء فى إعلام الموقعين ج ٣ ص ٣٣٨ ما نصه: «نص الإمام أحمد على جواز تعليق النكاح بالشرط وهذا هو الصحيح».
(٣) وفى هذا يقول ابن القيم: «تعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات بالشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة فلا يستغنى عنه». راجع إعلام الموقعين ج ٣ ص ٢٨٨.

وعلى كل فهذا ما قاله الفقهاء فى العقد، وقد تناول القانون هذا الموضوع بعنوان الشرط فى المواد من ٢٦٥ / ٢٧٠ وهى وإن اقتصررت على القواعد الأساسية فإنه رتبها ترتيباً منطقياً^(١).

(١) وهى تبحث فى أمرين: قيام الشرط، والآثار المترتبة عليه. ويستخلص من المواد (٢٦٥، ٢٦٦، ٢٦٧) أن الشرط يكون أمراً مستقبلاً، غير محقق الوقوع، وغير مخالف للنظام العام ولا للأداب، وأنه أمر عارض إضافى يمكن تصور الالتزام بدونهُ:

أ - فلا يجوز أن يكون الشرط أمراً ماضياً أو حاضراً وإلا فيكون العقد منجزاً معلقاً حتى لو كان طرفاً الالتزام يجهلان وقت التعامل أن الشرط قد تحقق. والأمر المستقبل قد يكون إيجابياً كان يهب الأب ابنة داراً إذا تزوج، وقد يكون سلبياً كان يوصي الزوج لامرأته بدار على ألا تتزوج من بعده، ولا فرق بينهما إلا من ناحية تقدير الوقت الذى يعتبر فيه الشرط قد تحقق أو تخلف. ب - ولا يجوز أن يكون مستقبلاً لكنه محقق الوقوع، وإلا فهو أجل لا شرط فإذا أسند التزامه إلى موسم الحصاد فهو إضافة لا تعليق، وكذلك لو أسند الالتزام إلى الموت لأنه سيأتى لا محالة. وكذلك لا يجوز أن يكون الشرط مستحيل الوقوع استحالة مطلقة أى يستحيل وقوعه بالوسائل المعروفة للإنسان كان يلتزم شخص بجائزة لمن يصل إلى القمر، أما إن كان استحالة نسبية فإنها لا تعيب الالتزام، وتكون نسبية إذا غلب على الظن أن تقدم المعارف البشرية تجعل الشرط غير مستحيل الوقوع، كالأوعد بمنح جائزة إذا استطاع الموعود له أن يجد علاجاً لبعض الأمراض المستعصية التى لا يوجد لها علاج، ولا يجوز أيضاً أن يكون مستحيلاً استحالة قانونية كمن يتزوج على شرط أن يطلق زوجته إذا كان الطلاق غير جائز فى شريعته.

ج - ولا يجوز أن يكون مخالفاً للنظام كان يشترط ألا يحترف المشتري عليه مهنة معينة ليست وضعية ولا مزرة بالكرامة، وأن تشترط الزوجة غير المسلمة على زوجها المسلم أن يكون أولادها منه على دينها هى وإلا كان لها حق الطلاق. كما لا يجوز مخالفاً للأداب كمن يشترط أجراً لامتناعه عن جرم أو لقيامه بالواجب، أو كمن يلتزم بهبة لامرأة إذا عاشرتة معاشرة غير مشروعة.

د - أن يكون الشرط أمراً عارضاً لا يماهم فى تكوين الحق ذاته وإنما يلتحق بعد تكوينه ويمكن تصوره بدونهُ، والشرط يكون واقفاً وهو ما إذا كان وجود الالتزام متوقفاً على الشرط بحيث إذا تحقق الشرط وجد الالتزام وإذا تخلف لم يوجد، كأن يعلن الوهاب هبته لابنه على شرط أن يتزوج. كما يكون الشرط فاسخاً بأن كان روال الالتزام هو المتوقف على الشرط مثل نزول الدائن عن جزء من حقه بشرط أن يدفع المدين الأقساط الباقية فى مواعييدها فإذا تأخر المدين عن دفع الأقساط الباقية اعتبر نزول الدائن عن جزء من الدين كأن لم يكن، فالالتزام المعلق على شرط فاسخ يوجد فى الحال وينفذ ولكن رواله هو الذى يعلق على شرط. (وتنص المادة (٢٦٨) وتعلق بالآثار المترتبة على الشرط وقد أشرنا إليه بعد ذلك فى موضع آخر وتناولت المادة (٢٦٩) الشرط الفاسخ وأن تحققه يزيل الالتزام المعلق عليه ويجعله كأن لم يكن منذ البداية ينسخ الالتزام دون حاجة إلى حكم أو إقرار.

والمادة (٢٧٠) وتعلق بالآثار الرجمى لتحقيق الشرط وهى من أهم مسائل الشرط فتتص «إذا تحقق الشرط استند إلى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام...» راجع تفصيل كل هذا فى الوسيط للسنبورى ج ٣ من ٨ - ٧٣.

الفرق بين المعلق والمضاف: العقد المضاف ينقذ باعتباره سبباً في ترتب الحكم عليه باتفاق الفقهاء غير أن الصيغة حددت وقت ظهور الحكم في زمن المستقبل.

أما العقد المعلق فالشافعية ومن معهم يعتبرونه كالمضاف في انعقاده واعتباره سبباً شرعاً لظهور الحكم الذي يتأخر حتى يأتي الزمن المضاف إليه أو يتحقق الشيء المعلق عليه، ويعلمون لذلك بأنه إذا صدر عقد معلق ممن هو أهل للتعاقد، ثم قبل تحقق المعلق عليه خرج العاقد من أهليته، وبعد ذلك وجد المعلق عليه فإن الحكم لا محالة ظاهر والعقد يتم، فإذا قال رجل لامرأته إن ذهبت إلى مكان كذا فأنت طالق ثم خرج عن أهليته، وذهبت هي بعد ذلك إلى المكان المعلق عليه الطلاق، فالطلاق واقع حتى عند الأحناف والمالكية لأنه وقت إنشاء الصيغة كان أهلاً^(١) لإيقاعه، وهذا يدل على أن العقد كان قائماً موجوداً باعتباره سبباً ترتب الشارع الحكم عليه من وقت وجود الصيغة وإلا لما وقع الطلاق لأن العاقد غير أهل للتعاقد، وبهذا يكون المعلق والمضاف كلاهما يعتبر سبباً في الحال.

لكن الأحناف والمالكية يفرقون بين العقد المضاف والمعلق ويرون أنه منعقد مع الإضافة لأن الإضافة دخلت على الحكم لا على السبب، أما في المعلق فإن انعقاده باعتباره سبباً في الحكم لا يتم إلا مع وجود المعلق عليه واتصال أثره به فوراً لأن العقد نفسه قد تعلق وجوده - كسبب في ترتيب الحكم - على وجود المعلق عليه. ويحاولون إبطال وجهة نظر الفريق الآخر بقولهم إن المعلق عليه قد يوجد وقد لا يوجد، فكيف يقال إن العقد وجد فعلاً وانعقد، وأن الحكم فقط هو الذي تخلف حتى يتحقق المعلق عليه مع أنه قد لا يوجد! فهل يبقى العقد باعتباره سبباً في الحكم قائماً إلى ما لا نهاية أم يبطل العقد؟ وما الذي يبطله بعد أن وجد

(١) راجع فتح القدير ج ٣ ص ٩٩ وما بعدها، ابن عابدين ج ٣ ص ٧٢٣ وما بعدها الأحوال الشخصية للمرحوم الشيخ معوض سرحان ص ٣٣٦.

واعتبر سبباً؟ هل عدم وجود المعلق عليه، وهو المعلوم بطلان الوجود؟ وفرع الأحناف على تفرقتهم أن الرجل لو حلف أنه لا يطلق زوجته ثم قال لها بعد: أنت طالق غداً، فإنه يحنث في يمينه لا محالة، أما إن علق طلاقها على شيء فإنه لا يحنث في يمينه إلا إذا حدث المعلق عليه، ووقع الطلاق وما ذلك إلا لأن الطلاق لم ينعقد سببه قبل حدوث المعلق عليه^(١).

الأثر المترتب على خلاف الفقهاء في وجود العقد المعلق،

أثر هذا الخلاف يظهر لو نذر شخص لله بأن يتصدق بعشرة جنيهاً إن نجح في امتحان هذا العام، فهو قد التزم شرعاً بنذر يجب ديانة الوفاء به، فإذا تصدق فعلاً بالمبلغ قبل ظهور النتيجة، ثم ظهرت النتيجة بعد ذلك بنجاحه، فلا شيء عليه عند الشافعي لأن النذر قد ارتفع، إذ حينما تصدق كان العقد قائماً فيظهر المحكم فيه. أما عند الأحناف والمالكية فلا يعتبرون ذلك مجزياً في النذر لأن العقد لم يوجد باعتباره سبباً إلا بعد وجود المعلق عليه وهو النجاح. ويلزمه ديانة أن يتصدق بالمبلغ بعد النجاح^(٢). وأيضاً لو قال رجل لامرأة إن تزوجتك فأنت طالق ثم تزوجها طلقت عند الأحناف لأنها وقت وجود العقد كانت زوجته، فالمحلية متحققة، أما عند الشافعي فلا تطلق لأن العقد انعقد عند التكلم ووقتها لم تكن المرأة روجة له فلم تتحقق المحلية.

(١) والمادة ٢٦٨ من التقنين المدني «إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط، أما قبل تحقق الشرط فلا يكون الالتزام قابلاً للتنفيذ القهري ولا يجوز للدائن أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على حقه، وهذا الحكم كان معمولا به من قبل دون نص عليه. وقد تكلم الدكتور السهوري في الوسيط ج ٣ ص ٣٨ وقال إن الشرط المعلق لا يكون نافذاً بل لا يكون موجوداً وجوداً كاملاً، وقال إنه يتدرج بين مراتب سبع، ثم استخلص أن الحق المعلق على شرط واقف هو حق موجود ولكن وجوده غير كامل، ودلل على وجوده بأنه ينتقل بالميراث وغيره، ويجوز لصاحبه أن يوصي به وأن يتصرف فيه بالبيع والهبة والرهن. ومع هذا فوجوده لا يتكامل إلا إذا تحقق الشرط فلا تكون له في هذه المرحلة مزايا الحق الكامل من وجوه عدة فلا يكون قابلاً للتنفيذ القهري مثلاً وهو في حالة التعليق ولا التنفيذ الاختياري.

(٢) راجع في هذا كشف الأسرار ج ٢ ص ٥٩٢، فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣٥٣، الملكية ونظرية العقد ص ٣٤٨ وما بعدها، أحكام المعاملات الشرعية ٢٢٢، ٢٢٣، الالتزامات وما يتعلق بها من الأحكام في الشرع الإسلامي للمرحوم الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم، مذكرات لقسم الدكتوراه سنة ٤٥/٤٤ من ص ١٦٩ - ١٨٠.

الفصل الخامس

العقد وعيوب الإرادة

ويتكون من سبحين؛ الأول؛ العاقد. الثاني؛ عيوب الإرادة

المبحث الأول

من يباشر العقد

أشرنا قبل إلى أن الشخص قد يباشر تصرفاً أو عقداً ما عن الغير بطريق الوكالة، أو يباشره دون أن تكون له ولاية مطلقاً عليه، وقد أطلق الفقهاء عليه اسم الفضولي؛ ولذا ستكلم أولاً عن الوكيل، وثانياً عن الفضولي.

أولاً - الوكالة،

الوكالة - دليلها وحكمتها؛ الوكالة هي إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف يملك التصرف فيه^(١)، فإذا وكل شخص آخر عنه في عمل غير مشروع كان التوكيل غير صحيح لأن الموكل نفسه لا يملكه شرعاً.

ولما شرعت الوكالة لتفاوت الناس في القدرة على تصريف أمورهم وقضاء حاجتهم، إذ في الناس من يكون له أمر لا يستطيع أن يأتيه بنفسه لعجزه عن أدائه، أو لعدم وجود سعة في وقته، أو لأنه لا يليق به أن يأتيه لمهابة مركزه وسلطانه^(٢).

(١) الفتح ج ٧ ص ١٠١ والبداية ج ٦ ص ١٩ والوكالة ثابتة بالقرآن والسنة والإجماع: يقول الله في سورة التوبة: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا﴾، فجور العمل عليها وذلك بحكم النيابة والوكالة عن المستحقين، وروى أن النبي عليه السلام وكل عنه في الشراء وفي الزواج، وقد أجمعت الأمة الإسلامية على جواز الوكالة من بدء الدعوة الإسلامية إلى الآن ولم يخالف في جوازها أحد.

(٢) يقول صاحب الهداية ج ٢ ص ١٠٩ «لأن الإنسان قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال فيحتاج إلى أن يوكل به غيره دفعاً للحاجة» وجاء في المغني ج ٥ ص ٨٣ «ولأن الحاجة داعية إليه لأنه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء أو لا يمكنه الخروج إلى السوق، وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه، وقد يحسن ولا يتفرغ وقد لا تليق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يتعير بها، وأباحها الشرع دفعاً للحاجة وتحصيلاً لمصلحة الناس».

والأصل فى الوكالة أن تكون بغير أجر^(١) أى أنها عمل تبرعى، إلا إذا نص على أجر فإن الوكيل يأخذ حكم الأجير الخاص أو المشتري. وإذا أغفل عقد الوكالة من نص، حكم العرف عند الاختلاف، والقانون على أن الوكالة تبرعية ما لم يتفق على غير ذلك صراحة أو يستخلص ضمناً من حالة الوكيل^(٢).

ولما كان الأصل فى الوكالة تبرعية كان عقد الوكالة غير لازم من الجانبين فيجوز لأحدهما فسخه دون رضا الآخر ما دام لم يتعلق بالتوكيل حق الغير^(٣)، كما أن يده يد أمانة فلا يضمن ما هلك تحت يده دون اعتداء أو تقصير.

وعقد الوكالة لا يتوقف تمامه على حضور الوكيل عند إجرائه، وموافقته عند إنشائه لكنه إذا علم به فقبل أو سكت ثم باشر عملاً مما وكل فيه اعتبر ذلك قبولاً منه^(٤) لكن إذا علم بها فرفض ارتفع الإيجاب بالرد، فإذا قام بعد رفضه بعمل مما وكل فيه كان فضولاً فى هذا العمل^(٥).

(١) جاء فى المغنى ج ٥ ص ٨٤ «يجوز التوكيل بجعل وبغير جعل فإن النبى صلى الله عليه وسلم وكل أنيساً فى إقامة الحد، وحررة فى شراء شاة، وعمراً وأباً رافع فى قبول النكاح، بغير جعل، ثم يقول: وكان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم عمالة ولذا قال له أبناء عمه لو بعثنا على هذه الصدقات فتؤدى إليك ما يؤدى الناس ونصيب ما يصيبه الناس؟، ومنه تبين أنهم أجراء لا وكلاء.

(٢) راجع المادتان ٧٠٤، ٧٠٩.

(٣) كأن يتعلق بها حق المرتهن فإذا وكل غائب حاضراً عنه فى بيع داره وتسديد ما عليه للمرتهن فسق المرتهن قد تعلق بالوكالة راجع الفتح ج ٦ ص ١٢٠ والمادة (٦٩٩) تنص على أن الوكالة عقد بمقتضاء يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى للموكل. وفى المادة (٧٠٥) أنه يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك. والمادة (٧٠٦) على أنه يجوز للوكيل أن يتزل فى أى وقت عن الوكالة ولو وجد اتفاق يخالف ذلك. وقد ورد قيد فى المادتين يفيد ذلك إذا كان عقد الوكالة روعى فيه مصلحة خاصة أو تعلق به حق الغير أو كانت الوكالة بأجر ومقيدة بالقيود المنصوص عليها وهذا تبعاً لأن الأصل فيما أنها تبرعية كما فى المادة (٧٠٩).

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ج ١ ص ١٨٥.

(٥) فتح القدير ج ٦ ص ١٠١ المغنى ج ٥ ص ٨٤.

ما يشترط لصحة الوكالة،

(أ) يشترط في الموكل^(١) أن يكون مالكا لأصل التصرف^(٢) الذي يوكل الغير فيه، فلا يصح من المجنون والمعتوه والصبي غير المميز، وكذا الصبي المميز فيما هو ضار أو متردد بين النفع والضرر وكان تصرفاً غير مأذون فيه، وإلا كان التوكيل نفسه موقوفاً علي الإجازة^(٣)، وكذا السفية فإنه يجوز أن يوكل غيره في كل ما يملك فعله، فيصح توكيل غيره في زواجه وطلاقه ووفقه علي نفسه ووصيته في حدود الثلث. ويأخذ حكم الصبي المميز في غير ذلك من الأمور المالية.

وعلي هذا فلا بد في الموكل من أن تكون له أهلية أداء تخول له حق توكيل الغير فيما يوكله فيه. ويرى صاحبان أنه لا بد أن يملك فعل نفس التصرف الذي وكل فيه الغير، لأن فاقدا الشيء لا يعطيه، فلا يصح توكيل المسلم الذي يبيع خمرًا أو خنزيراً عندهما خلافا للإمام.

(ب) ما يشترط في الوكيل: يكتفي الاحناف في الوكيل أن يكون مميزاً يعقل العقد لتكون عبارته معتبرة ينعقد بها عقد فيصح أن يكون صبياً مميزاً ومن في حكمه كالسفيه لأنهما من أهل العبارة^(٤).

(١) راجع البدائع ج ٦ ص ٢٠ فقد بين بالتفصيل ما يشترط في الوكيل وما يشترط في الموكل به.

(٢) شرح كنز الدقائق للزيلعي ج ٤ ص ٢٥٤.

(٣) البدائع ج ٦ ص ٢٠، العناية علي الفتح ج ٦ ص ١٠٩.

(٤) والحجر عليهم للمحافظة علي أموالهما فقط بدليل أن التصرف النافع يصح بعبارتها. والمتردد مع الإذن أو الإجازة يصح. وكل ما في الأمر أنه يلتزم بحقوق العقد، وإنما يلتزم بها الموكل نفسه، فلو وكلت صبياً مميزاً في شراء سلعة لك فاشتراها وكانت فاسدة فإنه لا يلتزم بردها للبائع لأنه ليس من أهل العهدة، وإنما يلتزم بذلك الموكل نفسه. راجع التوضيح علي التلويح ج ٣ ص ١٥٩.

لكن الشافعي يرى أن وكالة الصبي المميز غير صحيحة لأنه غير مكلف، «وكالته عنده كوكالة المجنون، لأن القاعدة أن كل شيء حجر على الصغير فيه لا ينعقد إذا تولاها هو، وقد منع الصبي المميز عن العقود فلا تنعقد منه لنفسه أو لغيره، كما يرى أنه لا يصح توكيل الزوجة عن غيرها إلا بإذن زوجها، وقد تكلم الفقهاء في ذلك كثيراً، وساقوا من الأدلة ما لا تتسع له هذه الدراسة»^(١).

(ج) يشترط في موضوع الوكالة أن يكون معلوماً للوكيل، واغتفروا ما به من جهالة يسيرة، فأجاز الفقه الإسلامي التوكيل في كل شيء يمكنه إحداث أصل تصرفه إلا الشهادة واليمين، والحدود التي فيها حق العبد، والقصاص إذا كان الموكل غائباً فيهما لاحتمال عفو صاحب الحق عن خصمه، والحدود إنما تدرا بالشبهات، واحتمال العفو شبهة^(٢). فالتشريع الإسلامي قد وسع على الناس وسهل لمن أحسن في نفسه عجزاً أو في وقته ضيقاً^(٣) أن يوكل عنه غيره.

التوكيل في الخصومة: توكيل الشخص عنه غيره في مباشرة القضايا وخصوماته جميعاً عدا الحدود والقصاص لا يتوقف على رضا الخصم بهذا الوكيل خلافاً لأبي حنيفة فإنه يرى ضرورة موافقة الخصم^(٤). الوكيل بالخصومة - كما يرى الأحناف عدا زفر - مهمته أن يظهر حق موكله ويثبت، وهذا يقتضي منه أن يقر بما يرى أنه حق، وأن ينكر ما يرى أنه غير حق، فيكون إقرار الوكيل وإنكاره حجة على الموكل، كما له عندهم فوق ذلك كل ما يتعلق بالخصومة، ومنه قبض ما يثبت لموكله من حق، لأن الخصومة لا تنتهي إلا به وهو وكيل في الخصومة.

(١) البدائع ج ٦ ص ٢٠، الفتح والعناية ج ٦ ص ١١١، المغنى ج ٥ ص ٧٩، ٨٠، نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٤.

(٢) الهداية ج ٢ ص ١٠٩ والبدائع ج ٦ ص ٢١، ٢٢.

(٣) نظرية العقد ص ٣٠٨، ٣٠٩ هامش، يقول الدكتور السهوري «إن القانون الروماني وحتى القانون الفرنسي الحديث كلاهما لم يصل إلى ما وصل إليه الفقه الإسلامي في عقد الوكيل الذي أجاز الوكالة في كل العقود، ومدار الوكالة في القانون المصري تنبئ عن اتجاه وجهة الفقه الإسلامي في جوارها في كل مال يملك الموكل إحداثه».

(٤) لأنه يرى أن تفاوت الناس في قوة الحجة وسعة الحيلة بما يخشى معه إضاعة الحق، واستثنى ما إذا كانت هناك ضرورة تدفع الموكل إلى عدم توقف توكيله على إذن خصمه كالسفر والمرض، والمرأة التي لا تغشى مجالس الرجال ومجالس القضاء، كي لا يضيع حقهم.

أما زفر من الأحناف، والشافعي، فيريان أن الوكيل بالخصومة وكيل في المنازعات ومجادلة الدليل بالدليل ومهمته أن يعمل لصالح موكله، والإقرار يتأفي ذلك. أما قبض ما ينتج عن الدعوى فيرى زفر أيضا أن الوكيل بالخصومة لا يملكه، لأن الموكل قد لا يأتمن الوكيل على أمواله وإن كان مطمئنا لقوة حجته وسلامة بيانه^(١).

أقسام الوكالة: تكون الوكالة منجزة ومضافة ومعلقة على شرط^(٢)، وتكون مطلقة من القيود، كأن يوكل شخص آخر في بيع داره دون أن يقيد بثمان أو وصف أو وقت^(٣).

كما تكون مقيدة، فلا يصح للوكيل أن يتعدى ما يقيد به الموكل إلا إلى ما هو خير للموكل، كأن يقول شخص لآخر، وكلتك عني في بيع داري هذه بمبلغ ألف جنيه مؤجلة إلى سنة، فباعها الوكيل بألف ومائة مؤجلة إلى سنة أو باعها بألف حالة، فإن البيع يكون صحيحاً نافذاً ويكون الوكيل لم يتعد حدود توكيله.

(١) راجع في ذلك جميعه البدائع ج ٦ ص ١٢٢، ١٢٣، تكملة الفتح ج ٦ ص ٦ - ١٢ المغني ج ٥ ص ٨٠ إلى ٨٤، ص ٩١ - ٩٣، الهداية ج ٣ ص ١٠٩، ١١٠، ١٢٠، ١٢١ والمبسوط ج ١٩ ص ٢٠ وما بعدها. هذا والقانون يرى أنه لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة وقد بينت ذلك المادتان ٧٠١، ٧٠٢.

(٢) راجع البدائع ج ٦ ص ٢٠، المغني ج ٥ ص ٨٥ وللشافعي في ذلك رأى خاص.

(٣) ويرى الإمام أن للوكيل أن يبيع بأى ثمن قل أم كثر، ويملك البيع بالفور والنسيئة، ومع هذا فالإمام لا يجيز للوكيل أن يبيع هذا لنفسه ولا لفروعه أو أصوله أو زوجته منعاً للتهمة. أما الصاحبان ومعهما الشافعي فيرون أن الإطلاق في التوكيل يقتيد بالعرف فلا يبيع بالغبن الفاحش أو بغير نقود أو نسيئة إلا إذا أجاز العرف شيئاً منه، وهذا هو المختار، ولذا فقد أجاز الصاحبان للوكيل المطلق أن يبيع ما وكل له بيمه لمن يشاء ما دام البيع بمثل قيمته أو أكثر لانتفاء التهمة.

راجع المبسوط ج ١٩ ص ٣١ وما بعدها، البدائع ج ٦ ص ٢٧، ٢٨ هذا والمادة (١٠٨) لا يجوز لشخص أن يتعاقد بنفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصل. على أنه يجوز للأصل إجازة التعاقد... إلخ.

وإذا كان الإيجاب خاصاً بتصرف معين، كأن يوكله في عقد بيع معين أو في دعوى منظورة أمام القضاء فعلاً، كانت الوكالة خاصة فلا يجوز للوكيل أن يتصرف إلا فيما وكل به، وليس له أن يوكل عنه غيره فيما وكل هو فيه من غير أن يكون قد أجاز الموكل له ذلك صراحة. لأنه إنما رضى برأيه لا برأى غيره، وإن كان الإيجاب عاماً في ناحية: كالمرافعة في القضايا، كان للوكيل الحق في أن يفعل كل ما كان للموكل حق فعله في هذا التصرف، ومن هذا أن يوكل عنه غيره، فيكون هذا الوكيل الآخر وكيلاً عن الموكل أيضاً بحيث لا يملك الأول عزله. وقد تكلم الفقهاء كثيراً في التفويض إلى الوكيل وما يشمل هذا التفويض من تصرفات^(١)، ومع هذا فالوكالة إن كانت عامة دون تحديد ناحية كأن يقول له أنت وكيل عني في كل أموري تتصرف فيها كيف تشاء صح عند الأحناف لانتفاء الجهالة بهذا العموم، لكن الشافعي وأحمد ورواية عن أبي حنيفة أن الوكالة لا تصح إلا في تصرف معلوم ولا يصح أن يوكل في كل شيء^(٢).

توكيل أكثر من واحد

وإذا وكل شخص عنه أكثر من وكيل واحد. فإذا كانوا في عقد واحد فليس لأحدهم الحق في أن يتفرد بالتصرف بمفرده فيما وكلهم فيه، إلا إذا كان قد أذنهم بالانفراد^(٣). فإنه يصح لكل واحد منهم أن يتفرد بإجراء ما وكل فيه فكل واحد له

(١) المغني ج ٥ ص ٨٨، ٨٩، الهداية ج ٣ ص ١١٩، ١٢٩ وغيرهما. هذا والقانون قد أزم الوكيل في المادة (٧٩٣) بأن لا يتجاوز حدود التوكيل إلا لمصلحة يراها واستحال عليه الرجوع إلى الموكل وكانت ظروف الحال يغلب معها الظن بموافقة الموكل ومع هذا فلزم أن يبلغه فوراً بما فعله. كما أن المادة (٧٠٨) تناولت إنابة الوكيل عنه غيره وجعلته نائباً عنه متضامناً معه إذا كان بغير إذن الموكل وإلا فإذا أذنه من غير تعيين شخص فمستولية الوكيل تنحصر في خطته في الاختيار.

(٢) وفي المغني المكان السابق لأن فيه ضرراً عظيماً وخطراً كبيراً لأنه تدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه وتزوج نساء كثيرة.

(٣) وهناك من التصرفات مالا يمكن فيه اجتماع الوكلاء دفعة واحدة كالتوكيل في الدعاوى فإنه يلزم أن يترافع كل منهم بمفرده بعد أخذ رأى الآخر، والاتفاق على طريقة الدفاع لأنه لا يمكن أن يتكلموا دفعة واحدة، هكذا يقول الفقهاء. وفي الواقع أنهم بالاتفاق على الخطوة التي يسرون عليها والاشتراك في الرأي ووضع الخطوط الرئيسية يكونون قد اجتمعوا في العمل ولا يعتبرون في مرافعتهم بعد ذلك منفردين لأن كل واحد منهم في هذه الحالة يتكلم برأيه ورأى رملاته. ويقول الفقهاء أيضاً، إنه إذا تعدد الوكلاء في عقد واحد ولم يأذن لأحدهم بالانفراد صح لهم الانفراد بالتصرف رغم هذا إذا كان الموضوع مما لا يحتاج إلى رأى كرد الدائع، وقبض الدين أو وفاته.

الحق في أن يتصرف بمفرده في موضوع الوكالة جميعه، لأن كل واحد منهم بهذا يكون قد استمد منه ولاية التصرف كاملة^(١).

الفروق بين الوكيل والسفير

السفير أو الرسول ينعقد معه العقد برغبة المرسل نفسه وإرادته، ولا إرادة له في العقد، ومهمته تبليغ رغبة المرسل فليس له سوى العبارة فقط، فيقول باع فلان كذا أو بعثك كذا نيابة عن فلان. وهكذا يضاف التعاقد إلى الأصيل في سائر العقود والالتزامات.

أما الوكيل فيتعاقد برأيه وبعبارته ويضاف العقد إليه، فتقول بعث كذا واشتريت كذا واستأجرت كذا، فهو عند التعاقد يعتبر أصلاً في العقد. وكان مقتضى هذا أن يثبت الحكم له وأن تعود الحقوق إليه. فتنتقل إليه الملكية مثلاً في عقود البيع ويلتزم هو بدفع الثمن ويخاصم في ذلك، ومن حقه أن يرده بخيار العيب ويفسخه إذا وجد ما يقتضى الفسخ. غير أنه لما كان في الحقيقة يعقد لأصيل مستور في شخصه، استنابة عنه بولاية أثبتها له عند التوكيل، اقتضى هذا أن يثبت حكم العقد وأثره للموكل وإن كانت صورته الظاهرة أنه للوكيل الذي باشره وأضيفت الصيغة إليه.

وحكم العقد: أي الأثر المترتب عليه كنقل الملكية في عقد البيع والمنفعة في عقد الإجارة - يرجع إلى الموكل في جميع العقود باتفاق الفقهاء.

وأما حقوق العقد: وهي ما يتبع حكمه من التزامات ومطالبات تتصل بتنفيذ الحكم، مثل ضمان خلو محل العقد من العيوب، والالتزام برده عند اكتشاف العيب، والالتزام بتسليم المبيع أو أداء الثمن أو إيفاء الزوجة بعاجل صداقها، فإنها ترجع أيضاً إلى الموكل عند الفقهاء جميعاً.

(١) المغنى ج ٥ ص ٨٧ - ٨٨، البدائع ج ٦ ص ٢٢ - ٢٣. وهذا المادة ٧٠٧ من القانون تناولت تعدد الوكلاء بما لا يختلف عن الرأي الفقهي.

غير أن الأحناف خالفوا فى حالة واحدة فجعلوا الحقوق فيها ترجع إلى الوكيل الذى باشر العقد. وهذه الحالة هى ما إذا كان الوكيل من أهل المهددة والالتزام^(١)، وكان العقد عقد معاوضة مالية، وقد أضاف الوكيل صيغة العقد إلى نفسه^(٢)، وقد روى عن الشافعية إجازة إرجاع الحقوق على الوكيل فى مثل هذا^(٣).

منهيات عقد الوكالة^(٤)

١ - عزل الموكل لوكيله بشرط أن يعلم الوكيل بذلك وأن لا يكون قد تعلق بالوكالة حق الغير، أما الأول فلكى لا يضار الوكيل إذا تصرف قبل العلم^(٥)، ولذا

(١) بأن كان حراً بالغاً، لأن الصبى المميز - وقد أجاز الأحناف وكالته كما عرفت - لا يملك هو أو وليه التصرف الضار فى ماله، وإلزامه بالعقد ضرر فى ماله.

(٢) راجع تفصيل الموضوع فى كتابنا الفقه الإسلامى من ص ٤٨٥ إلى ٤٨٩ وراجع المغنى ج ٥ ص ١٣٠، والزيلعى ج ٤ ص ٢٥٦، والبدايع ج ٦ ص ٢٣ والهداية والفتح والنهاية ج ٦ ص ٧، والمبسوط ج ٩ ص ٣٤ وقد تناولت هذا الموضوع المواد (١٠٤، ١٠٥، ١٠٦) من قانوننا المدنى وهى تتفق فى جعلتها مع الفقه الإسلامى.

(٣) الفروع التى وردت فى كتب الشافعية تفيد أن حقوق العقد هنا يجوز إرجاعها إلى الوكيل فيقولون كما جاء فى نهاية المحتاج ج ٤ ص ٣٧ «إذا اشترى الوكيل، طالبه البائع بالثمن وإذا استحق المبيع رجع المشتري على الوكيل بالثمن ثم يرجع على الموكل، وإن كان للمشتري الرجوع ابتداء على الموكل نفسه فى الأصح» من هذا لمحمد أن كتب الشافعية وإن أجازت الرجوع على الوكيل فى هذا إلا أنها تصرح بأنه جواز وأن الأصح الرجوع على الأصل وبذا يكون الشافعية من المخالفين للأحناف كما تنقل عنهم كتب الفقه الحنفى. قارن هذا بما جاء بكتاب الأموال ونظرية العقد ص ٣٧٥.

(٤) راجع البدائع ج ٦ من ٣٧ إلى ٣٩، وانتهاء الوكالة فى القانون قد تناولته المادة ٧١٤ التى تنص على أنها تنتهى بإتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الاجل المعين للوكالة، وبموت الموكل أو الوكيل، والمادتان ٧١٥، ٧١٦ وهما اللتان تميزان لكل من الوكيل أو الموكل انتهاء الوكالة رغم الأخذ بالقيود المذكورة فيهما.

(٥) وعند اختلافهما فى العلم بالعزل يكون القول قول الوكيل مع يمينه فى أنه لم يكن عالماً، فإذا وكل عنه آخر فى تسليم الدائن ما على الموكل من دين وقيل أن يقوم الوكيل بتنفيذ ذلك سدد الموكل شخصياً ما عليه للدائن، ورغم ذلك سلم الوكيل الدين للدائن، وادعى أنه لم يعلم بقضية، أى ادعى أنه حسن النية كى لا يضمن، ولم يكن ما يدل على حسن نيته وجه إليه اليمين، فإن نكل ضمن لسوء النية - الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٦٣٦ بتصرف.

كانت تصرفاته قبل علمه بالعزل نافذة^(١)، وأما الثانى فلكى لا يضر الذى تعلق حقه بالوكالة، فإذا وكل المدين غيره يبيع ما قدمه رهناً لسداد دينه عند حلول موعده، فإن الراهن لا يملك عزل من وكله يبيع الرهن إلا برضاء الدائن «المرتهن».

- ٢ - عزل الوكيل لنفسه بشرط علم الموكل وعدم تعلق حق الغير بالوكالة.
- ٣ - موت الموكل أو خروجه عن أهلية التصرف فيما وكل فيه مسقط للوكالة دون توقف على علم الوكيل، وكذلك إذا حجر عليه للسفه وكان التوكيل فى شيء لا يملكه الموكل بعد الحجر عليه بأن كان تبرعاً مثلاً.
- ٤ - خروج الوكيل عن أهلية التصرف بأن يجن جنوناً مطبقاً أو يموت.
- ٥ - تصرف الموكل فيما وكل فيه كان تكون داراً فباعها أو هدمها، وكذا لو خرج موضوع الوكالة عن صلاحيته لتصرف الوكيل كان تهدم الدار أو تموت الشاة التى وكله يبيعها.
- ٦ - بمجرد انتهاء الوكيل من العمل الذى وكل إليه، أصبح العقد منتهياً من تلقاء نفسه إلا إذا شمل عند الوكالة شيئاً آخر.

ثانياً - الفضولى

الفضولى هو الذى تصرف فى شأن من شئون غيره تصرفاً شرعياً من غير أن يكون له سلطة إصدار هذا التصرف، فالفضولى شخص له أهلية لتولى العقد الذى أنشأه فعبارة فيه ينعقد بها العقد، لكنه لا يملك هذا التصرف لغيره لفقدانه الولاية عليه.

(١) وكذا جهل الوكيل بالوكالة يكون علماً حتى لو تصرف قبل بلوغ الخبر إليه ينفل تصرفه على الموكل. ولو وكله يبيع شيء، يتسارع إليه الفساد ولم يعلم بالوكالة حتى فسد ذلك الشيء لم يضمن شيئاً. ولو وكله بشراء شيء معين فاشترى الوكيل لنفسه قبل علمه بالوكالة يصح وبعد علمه وقبوله لا يصح. لأن فى التوكيل ضرب إيجاب وإبرام حيث يلزم الوكيل حقوق العقد. راجع كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام للزودى ج ٤ ص ١٤٦٧.

فإن كان لك شخص وكيلاً عنك وكالة مقيدة فتخطى قيد الوكالة مقدراً أنه عمل لمصلحتك، أو كان لك صديق أو قريب يعلم أنك في حاجة لشراء أو استئجار سيارة، أو في حاجة إلى بيع أو تأجير سيارتك، وصادفه ما يحقق هذه الرغبة ولست معه ولا يمكنه الاتصال بك، وخشى ضياع الفرصة لو انتظر حتى يرجع إليك بادر وعقد، فاشترى أو استأجر، أو باع أو أجر، وتصرف ثم عاد إليك، وأنباك الخبير شرك صنيعه أو ساءك، أو باشر الأب مثلاً عقد زواج ابنه البالغ أو ابنته البالغة دون إذنتهما أو حضورهما. فما حكم كل هذه العقود؟

حكم عقد الفضولي عند الفقهاء:

يرى الشافعي وأحمد في رواية مالك أنها عقود باطلة، لأن الولاية عندهم كما قلنا شرط لانعقاد العقد، والفضولي ليس صاحب الشأن ولا نائباً عن صاحب شأن، فليست له ولاية.

والأحناف والرواية الأخرى عن أحمد، والراجح عن المالكية في عقود المعاوضات دون غيرها، أن هذه العقود صحيحة ما دام العقد قد استوفى أركانه وشروطه، والولاية شرط لتنفيذ العقد لا لصحته وانعقاده، وما دام الفضولي لا ولاية له على التصرف، فإنه رغم صحته لا يتفد وإنما ينعقد موقوفاً على إجازة صاحب الشأن، واستدلوا على رأيهم بأن هذا التصرف قد ينتج مصلحة للمعقود له يندم إذا ضاعت منه لتحقيقها له من غير عناء ولا مشقة فيجيزه ويصبح نافذاً وإلا فإذا رغب عنه رفضه، والأصل في حال العاقل الصلاح، والفضولي في الغالب لا يكون بعمله إلا قاصداً المعونة والمساعدة لمن يعقد له، وكل ما في الأمر أنه قد يخطئ الظن فما يراه هو حسناً، قد يراه المعقود له سيئاً، ولذا كان العقد صحيحاً موقوفاً^(١)، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم دفع ديناراً إلى حكيم بن حزام^(٢)

(١) راجع الموضوع جميعه في البدائع ج ٥ من ص ١٤٨ إلى ١٥٢ فله في هذا كلام بديع وتعليل جميل.

(٢) هو ابن أخي السيدة خديجة بنت خويلد زوج الرسول عليه السلام وكان يكنى أبا خالد وأسلم يوم الفتح وأسلم معه أولاده وهم هشام وخالد وعبد الله وكلهم قد صحب النبي، وكان حكيماً معمرأ يقول ابن قتيبة في كتابه المعارف ص ١٣٥ «عاش حكيم بن حزام في الجاهلية ستين سنة وفي الإسلام ستين سنة وكان من المؤلفات قلوبهم ثم حسن إسلامه ومات بالمدينة سنة ٥٤ هـ».

وأمره أن يشتري له أضحية فاشتري شاتين ثم باع إحداهما بدينار وجاء بدينار وشاة للرسول عليه السلام. فدعا له بالبركة وقال «بارك الله في صفقة يمينك»، وما كان حكيم هذا بأمور بالبيع فلو لم يتعقد تصرفه لما باع ولما دعا له الرسول ولأنكر عليه فعله.

أثر الإجازة في بطلان العقد،

وإذا أجاز صاحب الشأن العقد فإن كان بيعاً أو إجازة أو عقداً من العقود التي لا تقبل التعليق على شرط كان نافذاً من تاريخ انعقاده لا من وقت الإجازة، لأنهم يقولون إن الإجازة تأخذ حكم إنشاء العقد، والإجازة اللاحقة كالإذن السابق ينقلب بها الفضولي وكيلاً من وقت العقد وتسرى العقود التي تقبل التعليق على شرط كالطلاق والوكالة والكفالة والإجازة من وقت الإجازة لا من وقت العقد، لأنه معلق في المعنى على حصول الإجازة من صاحب الشأن فيأخذ حكم المعلق على شرط صراحة، وينفذ من وقت تحقق الشرط المعلق عليه، وعلى أساس أن العقد بالإجازة ينفذ من وقت إنشاء العقد فإن نفاذاته تلزم المجيز، وكذا النماء والزيادة له.

ولما كان الأصل في المتعاقد أنه يتعاقد لنفسه فكان الأصل ينفذ العقد عليه هو ما دام ذلك ممكناً، إذ العقد الصحيح، الأصل فيه أن يترتب عليه حكمه وينفذ، ولهذا نهد الأحناف ومن معهم لا يعتبرونه موقوفاً على الإجازة من وقت إنشاء العقد، فإذا أمكن نفاذ العقد على من باشره ورفضه صاحب الشأن نفذ على الفضولي، كي لا يضار الطرف الآخر في العقد.

ويمكن نفاذ العقد على الفضولي إذا كان مشترياً أو مستأجراً وأضاف عقد الشراء أو الإجازة إلى نفسه، وكان من أهل العهدة والالتزام أي بالغاً عاقلاً، وقال اشتريت أو استأجرت كذا بمبلغ كذا فقال الآخر قبلت.

أما في غير ذلك فإن العقد لا يمكن نفاذه على الفضولي بأن كان بائعاً أو مؤجراً لأن في نفاذه ضرراً بصاحب العين، أو كان مشترياً أو مستأجراً لكنه ليس

من أهل العهدة، أو كان قد أضاف العقد إلى من يتصرف من أجله. ففي كل هذا ينعقد العقد موقوفاً على الإجازة الصحيحة^(١) فإن أجاره نفذ وإلا بطل العقد.

شروط صحة الإجازة،

أن تصدر الإجازة ممن كان يملك التصرف وقت العقد^(٢) أو تصدر من نائبه في حياته لأن حق الإجازة لا يورث.

(١) ويقول صاحب البدائع ج ٥ ص ١٤٩ «ولابد في هذه الإضافة التي يكون العقد موقوفاً من أجلها أن تكون في الإيجاب والقبول فيقول البائع بعت من أجل فلان بكذا ويقول الفضولي قبلت له. إذ الأصل كما قلنا أنه يعقد لنفسه، وضرورة إضافة العقد إلى الغير في الجانبين تقتضي الخروج عن الأصل وجعل العقد موقوفاً على إجازة من أضيف إليه، بخلاف الوكالة فإن العقد ينعقد نافذاً للموكل رأساً ولا يكون حكم العقد للوكيل رغم إضافته إلى نفسه لأنه قد أتابه مناب نفسه، فالإجابة صرفت العقد عن أصله وكان التعاقد للموكل.

(٢) لأن ماله مجيز متصور منه الإذن للحال، وبعد وجود التصرف فكان الانعقاد عند الإذن القائم مفيداً فينعقد، وما لا مجيز له لا يتصور الإذن به للحال، والإذن في المستقبل قد يحدث وقد لا يحدث، فإن حدث كان الانعقاد مفيداً وإن لم يحدث لم يكن مفيداً فلا ينعقد مع الشك، إذ أن الأصل ما لم يكن ثابتاً يبين لا يثبت مع الشك. راجع المصدر السابق.

فإذا باع الفضولي شيئاً مملوكاً للبالغ العاقل الرشيد كان البيع موقوفاً فإن أجاره نفذ لأن إجارته صحيحة إذ أنه كان يملك إنشاء البيع بنفسه، أما إذا باع الفضولي شيئاً للصبي المميز بغبن فاحش فإن العقد يكون باطلاً إذ لا يملك الصبي أو نائبه الإجازة. ولو باع الفضولي شيئاً لقاصر لم يؤذن له ووليّه غائب غيبة بعيدة، وعند عودته كان الصبي قد بلغ رشيداً، فإن عقد الفضولي السابق لا يجد له مجيزاً، إذ وقت العقد كان القاصر لا يملك الإجازة وإن كان يملكها بعد ذلك. كما أن من كان له عليه ولاية لا يملك الإجازة الآن لزوال ولايته، وإن كان وقت العقد يملكها إلا أنه كان غائباً، ويقول صاحب البدائع ج ٥ ص ١٥٠ «وإذا طلق الصبي امرأته أو خالها أو هتك عبده أو وهب ماله بمحاباة، أو اشترى شيئاً بأكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس في مثله عادة وغير ذلك من التصرفات مما لو فعله وليه في حال صغره لا يجوز عليه لا ينقذ حتى لو أجاره الصبي بعد البلوغ لا يصح لأن هذه التصرفات ليس لها مجيز حال وجودها، فلا تحتمل التوقف على الإجازة إلا إذا أجاره الصبي بعد البلوغ بلفظ يصلح للإنشاء فيكون ذلك إنشاء لا إجازة. وكذا وصية الوصي لا تنعقد لأنها تصرف لا مجيز له حال وجوده إلا ترى أنه لو فعل الولي لا يجوز عليه فلا يتوقف، سواء أطلق الوصية أو أضافها إلى حال البلوغ لما قلنا. حتى لو أوصى ثم مات قبل البلوغ أو بعده لا تجوز وصيته إلا إذا بلغ وأجار تلك الرصية بعد البلوغ فيجوز لأن الإجازة بمنزلة إنشاء الوصية، ولو أنشأها بعد بلوغ لصحت وصيته».

ثانياً: أن تصدر الإجازة عن يملكها على الوجه السابق في حياة المتعاقد الآخر الذي تعاقد معه الفضولي كي يظهر نفاذ العقد في حقه.

ثالثاً: أن تصدر الإجازة ومحل العقد قائم لأن الإجازة تنصب عليه^(١).

رابعاً: أن تصدر الإجازة في حياة الفضولي إن كانت حقوق العقد ترجع عليه، فإذا كان العقد من العقود التي لا تعود عليه الحقوق فيها بالإجازة كعقد الزواج والهبة وغيرهم مما يصير فيها الفضولي بالإجازة رسولا لا وكيلًا، لا تتوقف الإجازة فيها على حياته، لأن المتعاقدين ليسا في حاجة إليه إذ حكم العقد وحقوقه إنما يرجعان للمتعاقد نفسه لا للفضولي.

هل يملك الفضولي فسخ العقد قبل الإجازة،

إذا باشر فضولي عقداً يمكن نفاذه عليه شخصياً كان من حقه كما يرى الأحناف أن يفسخه مع البائع أو المؤجر قبل إجازته من صاحب الشأن وليس من حقه عند العلم الاعتراض لأن الفضولي هنا بالإجازة ينقلب وكيلًا فترجع إليه حقوق العقد وبالفسخ يريد أن يتدارك الأمر ويمنع عن نفسه هذا الالتزام قبل حدوثه بالإجازة^(٢).

أما إذا كان ما باشر الفضولي عقداً لا ترجع إليه فيه الحقوق، فإن العقد ينعقد من الأصل موقوفاً على إجازة صاحب الشأن، ويعتبر الفضولي بالإجازة سفيراً ومعبراً عند إنشاء العقد والسفير ينتهي عمله بانتهاء العقد فلا يرجع إليه شيء

(١) فلو كان الفضولي عقد لآخر عقد زواج وقبل أن تصدر الإجازة من الزوج ماتت الزوجة فلا تصح الإجازة بعد ذلك لفوات المحل من جهة أن الزوجة محل في العقد، ولصدور الإجازة بعد حياة الطرف الآخر صاحب الإيجاب وبهذا يكون العقد غير منعقد البتة ولا يترتب عليه أي حق للمعقود له فلا يرثها لأنها أجنبية عنه.

(٢) وفي البدائع ج ٥ ص ١٥١ «ولو اختلفا فقال المشتري له كنت امرتك بالشراء وقال المشتري اشتريته لك بغير أمرك فالقول للمشتري له لأن المشتري لما قال اشتريته لك كان إقراراً منه بأنه اشتراه بأمره لأن الشراء له لا يكون إلا بأمر عادة فكان القول قوله، ولكن لا يحل له ديانة إلا إذا كان قد أمره حقيقة».

من حقوقه، فلا يملك فسخه، وإذا فسخه ثم علم الأصل وأجازه كان العقد صحيحاً وناظراً. ولا عبرة بما صدر من الفضولي لأنه أصبح أجنبياً عن العقد، غير أنه يجب أن يلاحظ أن للعائد الآخر حق الفسخ قبل الإجازة في هذه العقود التي لا تنفذ على الفضولي لأنه ما التزم بعبارة إلا على أساس إجازة الآخر.

حالات أحكام عقد الفضولي:

حكم عقده لا يخرج عن الآتي عند الفقهاء^(١):

- ١ - إما أن ينعقد صحيحاً نافذاً عليه إن وجد سبيلاً إلى النفاذ عليه.
- ٢ - ينعقد موقوفاً ثم ينقلب نافذاً، إذا لم يكن نفاذه على الفضولي وكان للعقد مجيز وقت إنشائه وأجازه فعلاً.
- ٣ - ينعقد موقوفاً ثم ينقلب باطلاً إذا لم تتحقق الإجازة وكان لا يمكنه نفاذه على الفضولي.
- ٤ - ينعقد باطلاً إذا لم يكن نفاذ على الفضولي نفسه ولم يكن له مجيز وقت إنشائه.

(١) أما القانون فقد تناول هذا الموضوع في المواد (١٨٨) إلى (١٩٧) وفيها جمل عقد الفضولي موقوفاً على إجازة من عقد له وأنه تسري قواعد الوكالة إذا أقر رب العمل ما قام به الفضولي، وأنه يكفي في الفضولي أن يكون من أهل التمييز فلا يشترط أن يكون له أهلية أداء كاملة لمباشرة التصرف القانوني الذي تولاه رب العمل إلى غير ذلك وإنه إن قرب من وجهة نظر الاحتاف في هذا إلا أن بينه وبين الفقه تفاوتاً ليس في الوقت والدرس سعة له. راجع الوسيط للأستاذ الكبير الدكتور السهوري ص ١٢٢٨ وما بعدها. ويقول «أركان الفضالة أن يقوم الفضولي بشأن عاجل لشخص آخر وهو الركن المادي، وأن يقصد من قيامه بهذا الشأن العاجل مصلحة رب العمل وهو الركن المعنوي، وألا يكون إزاء هذا الشأن العاجل ملتزماً به ولا موكلًا فيه ولا منهياً عنه وهو الركن القانوني».

المبحث الثاني

عيوب الإرادة وأثرها في العقد

عيوب الإرادة وحق الفسخ،

ما يعيب الإرادة ويؤثر على العقد أنواع ترجع في جملتها إلى الغلط، والغبن، والتفريز، والإكراه، والإرادة مع هذه الأمور وإن كانت موجودة حقيقة وفعلًا إلا أنها وجدت نتيجة إكراه وتهديد؛ أو إغراء وخديعة، أو وصف محل العقد بما ليس فيه تصور محل العقد وفهمه بغير حقيقته. وعيوب الإرادة باعتبار أثرها في العقد تشبه الخيارات ويعبر عنها القانونيون بعيوب^(١). وبذا لنجد القانون في جملة مع الفقه الإسلامی في هذا، وسنبين هنا هذه الأمور بكل إيجاز.

أولاً الغلط في محل العقد،

نقصد هنا بالغلط أن يتصور العاقد محل العقد على هيئة أو وصف غير حقيقته التي هو بها، وقد يكون الغلط في جنس المعقود عليه أو في وصفه^(٢) دون خديعة أو تفريز من أحد، والأول كمن يشتري خاتمًا معروضًا أمامه يعتقد أنه من الذهب، ثم يتبين أنه من النحاس والثاني كأن يشتري بقرة من السوق أمامه على أنها حلوب فإذا بها خالية من اللبن.

(١) جاء في كتاب العقود المسماة ج ٣ ص ٨٦ من شرح القانون المدني للدكتور محمد كامل مرسى، وهناك عيوب مفسدة للرضا فتجعل العقد قابلاً للإبطال، أي أن العاقد الذي يفسد رضاه بسبب أحد العيوب المفسدة للرضا وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

(٢) ويعرفه الدكتور السهوري عندما تكلم عن المواد من ١٢٠ إلى ١٢٤ التي تتعلق بهذا الموضوع فيقول في الوسيط ص ٢٨٩، هو حالة بالنفس تحمل على توهم غير الواقع والقانون كما يفهم من المادة (١٢١) يقصد بالغلط الذي يقع فيه التعاقد ويؤثر على العقد ما هو أعم منه في الفقه الإسلامی لأنه في القانون يشمل الغلط الجوهري في صفة الشيء محل التعاقد أو الغلط في ذات التعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الصفات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد.

فإذا تصور العاقد هذا في نفسه دون أن يظهر عقيدته، كان يذهب إلى تاجر الأقمشة فيرى قماشاً معروضاً أو يعاينه ويشتري منه من غير أن يسأل عن صفته أو يشتري من القصاب مقداراً من لحم معروض أمامه من غير أن يسأل عن نوعه وهو يعتقد أن القماش من الحرير وأن اللحم من خروف ثم يظهر له بعد ذلك أنه غير ما كان يعتقد فالعقد صحيح ولا أثر مطلقاً لما كان يعتقد في نفسه ما دام لم يفر به أحد ولم يظهر هذه العقيدة للطرف الآخر، أما إذا نص صراحة وأظهر ما يعتقد فإشار مثلاً إلى خاتم معروض وقال اشتريت هذا الخاتم الذهب بمبلغ كذا وقال الآخر قبلت، أو أشار للقصاب على ذبيحة معلقة وقال اشتريت من هذا الخروف بكذا فقال الآخر قبلت، ثم تبين أن الخاتم ليس من الذهب وإنما هو من النحاس وأن الذبيحة التي أشار إليها كانت شاة لا خروفاً فإن العقد يتأثر بهذا، ويكون هذا الغلط عيباً معتبراً في العقد، غير أن الحكم يختلف بين ما إذا كان الغلط في جنس المحل أو في وصف من أوصافه.

فإذا كان الغلط في الجنس، فإن العقد يكون باطلاً. لأن محل العقد الذي ذكر في الصيغة غير موجود أصلاً إذ فوات الجنس يعتبر فواتاً للمحل رأساً والعقود في ذلك جميعها سواء.

أما إذا كان الغلط في وصف اتصف به محل العقد، فلإن العقد ينعقد صحيحاً لأن محله موجود غاية الأمر أن يكون غير ملزم له لفوات الوصف الذي هو بمثابة شرط، ومن حق من وقع الغلط في جانبه أن يفسخ العقد. والقاعدة أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعتا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى لا بالمشار إليه. ويبطل العقد لانعدام المحل المسمى. وفي متحدى الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجود المحل ويتخير لفوات الوصف^(١)، والفسخ بسبب فوات الوصف لا يكون إلا في العقود التي تقبل الفسخ بطبيعتها كالبيع والإجارة^(٢).

(١) الهداية ج ٣ ص ٣٧ - ٣٨ في البيع الفاسد، والزيلعي ج ٤ ص ٥٣ وغيرهما من كتب الفقه عند كلامهم عن البيع الفاسد، مرآة الأصول ص ٣٥٨، التوضيح والتلويع ج ٣ ص ٢٢٤.

(٢) أما العقود التي لا تقبل الفسخ بطبيعتها كالزواج فلا تتأثر بفوات الوصف، جاء في الجوهره على القدوري ج ٢ ص ٧٩ «وإذا كان بالمرأة عيب فلا خيار لزوجها وعند الشافعي يثبت الخيار بالعيوب الخمسة الجنون والجذام والبرص والقرن. وإذا تزوج بها على أنها بكر شابة جميلة فوجدها غير ذلك فلا خيار له» وكذا في المبسوط وسيأتي تفصيل ذلك.

ثانياً، الغبن والتخدير وأثرهما في العقد،

والمعنى الفقهي الذي نعنيه بالغبن أن تكون الموازنة بين العوضين غير عادلة إذ أحد العوضين قوبل عند التعاقد بأقل من قيمته بين الناس أو أكثر، فإذا كان الفرق يسيراً وهو ما يدخل في تقويم المقومين وتقديرهم اعتبر غبناً يسيراً؟ وإلا فإذا كان لم يدخل في تقديرهم وتقويمهم فهو غبن فاحش^(١)، وعلى هذا فإذا اشترت ما قيمته بمائة وخمسة مثلاً، فيكون غبناً يسيراً، وإن اشترته بخمسة وتسعين فغبن البائع يسيراً^(٢).

نقصد بالتخدير إغراء العاقد وخديعته ليأخذ المعقود عليه على أنه فرصة وقد لا تعوض، بينما هو أمر عادي. كان تقدم على شراء شيء نتيجة تأثير إعلانات أو إغراء العاقد الآخر، أو وسيط «سمسار». أو أن تندفع في شراء شيء تمجد غيرك يزيد في ثمنه أو يمتدح فيه، ثم تمجد المعقود عليه أمراً عادياً، أو أنك غبت فيه نتيجة لهذا الإغراء والخديعة والمزاد الصوري.

حكم العقد مع كل منهما،

أما التخدير بمفرده فلا أثر له في العقد مطلقاً ما دام المعقود عليه قوبل بقيمته أو بغبن يسير، وكذا الغبن بمفرده إن كان يسيراً فلا أثر له في العقد باتفاق الفقهاء لأنه مما لا يخلو التعامل منه مطلقاً^(٣).

(١) وفي تحديد الغبن اليسير والغبن الفاحش أقوال كثيرة غير ما ذكرناه، منها أن اليسير ما يدخل تحت تقويم المقومين والفاحش ما عداه، ومنها أن اليسير ما يزيد على خمس الثمن والفاحش ما زاد على ذلك إلى غير ذلك. والاول وهو الاصح وعليه الفتوى فارجع إلى البدائع ج ٦ ص ٣٠.

(٢) هذا وقد جاء القانون المصري الجديد في باب الالتزامات مبدءاً يجيز إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات الناشئة عنه إذا تبين أن الغبن نتيجة استغلال أحد المتعاقدين طيشاً أو هوى جامعاً في المتعاقدين الآخرين، ولكن قد حددت الفقرة الثانية من المادة (١٢٩) أنه يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة.

(٣) غير أن فقهاء الأحناف استثنوا حالة جعلوا للتخدير أثر في اليسير تأثيراً على العقد فيها، وهي ما إذا باع المدين بدين مستغرق شيئاً من ماله بغبن ولو يسيراً، وكان محجوراً عليه أو مريضاً مريض موت فإن للدائنين حق فسخ العقد فوراً، أو بعد وفاة المريض إلا إذا رفع الغبن ودفعت القيمة كاملة.

ولا أثر للغبن الفاحش على الرجوع عند الأحناف^(١) لأن غيبته ناشئ من تقصيره في حق نفسه وتركه الاحتياط. ومع هذا فقد استثنوا بعض العقود^(٢)، وهناك من الفقهاء من جعل للمغبون غبناً فاحشاً حق الفسخ إذا كان الغبن حدث من غير أن يعلم به وإلا فإذا كان برغبته فلا، وإلى هذا اتجه الإمام أحمد.

أما إذا كان الغبن الفاحش نتيجة إغراء من العاقد الآخر أو من وسيط «سمسار» مثلاً فإن للمغبون على الرجوع عند الأحناف حق الفسخ لأن الغبن جاء نتيجة تغيير وخديعة^(٣)، وبذا نستطيع أن نقول إن الغبن أو التغيير كلاهما لا يعتبر بمفرده عيباً من عيوب الإرادة فلا يترتب على أحدهما حق فسخ العقد على أساس

(١) غير أن الأحناف يجعلون العقد غير لازم بالنسبة لمن غبن غبناً فاحشاً في بعض العقود ولو لم يكن نتيجة تغيير؛ أما التدليس فعند الشافعي وأحمد ومالك أنه إما أن يكون التدليس بكتمان عيب في محل العقد وإخفائه عن العاقد الآخر فيكون للمغرور في هذه الحالة خيار العيب، وإما أن يكون بفعل شيء يزيد في قيمة المبيع فيكون له حق خيار الفسخ للمغرور ولا يثبت للمغرور الفسخ في غير هذه الحالات. راجع نهاية المحتاج ج ٤ ص ٦٩ كشف القناع ج ٢ ص ٥١.

(٢) إذا كان العقد ورد في أموال المحجور عليهم أو الأوقاف أو بيت مال المسلمين لأن التصرف فيها مصدره من له ولاية التصرف فيها، وإن تصرفه هذا سيمود على غيره بالضرر لأن العاقد في هذه العقود قد تعلق بعقده حق الغير. وفي المدين بدين مستغرق مريضاً كان أم لا، فإن الدائنين قد تعلق حقهم بمالية التركة والديون قد استغفرقتها، فأى تصرف غابن ومجحف بحقوقهم كان من حقهم أن يفسخوه، وأما العقود التي يجريها ناظر الوقف بصفته أو العامل على بيت مال المسلمين كذلك فلأنه إما يتصرف نيابة عن غيره ممن يمثلهم وتصرفه منوط بالمصلحة فقط، ففي هذه العقود يتأثر العقد بالغبن الفاحش بمفرده باتفاق الفقهاء ويكون العقد معه فاسداً على الرأي الصحيح.

(٣) وفي هذا يقول الزيلعي ج ٤ ص ٧٩ «وقد قالوا في المغبون غبناً فاحشاً له أن يرده على بائعه بحكم الغبن، وقال أبو علي النسفي فيه روايتان عن أصحابنا، ويفتي برواية الرد رفقا بالناس. وكان صدر الإسلام أبو اليسر يفتي بأن البائع إن قال للمشتري قيمة متاعى كذا أو قال متاعى يساوى كذا فاشتراه بناء على ذلك وظهر خلافه له الرد بحكم أنه غره وإن لم يقل ذلك فليس له الرد، وقال بعضهم: لا يرد به كيفما كان والصحيح أن يفتي بالرد إن غره وإلا فلا». ونجد مثل هذا في الأشباه والنظائر لابن نجيم ج ٢ ص ١٥٩ وتعليق الحموي عليه نفس الصفحة.

ظاهر الرواية مع ملاحظة ما تقدم. ولكن إذا اجتمعاً معاً في عقد واحد كان أحدهما مرتبطاً بالآخر، أى نتج على التفرير غبن فاحش، فهما يكونان عيباً في الإرادة والرضاء بالمقد بما يؤثر في لزوم العقد ويرتب لمن في جانبه هذا الغبن التدليس أو التفرير الغابن خيار فسخ العقد أو إجازته، ومع هذا فقد جاء في ظاهر الرواية في الفقه الحنفى ما يفيد أن الغبن الفاحش حتى وإن نتج عن تفرير فإنه لا يؤثر على عقد المعاوضة إذ يجب أن يبقى لهذه العقود ما تقتضيه طبيعتها من اللزوم، فوق أن العاقد كان يجب أن يتنبه إلى ما هو مقدم عليه إلا فيتحمل نتيجة إهماله وعدم تأنيه واستيثاقه.

وهذا العيب المزدوج «التفرير الغابن» إذا دخل في عقد من عقود المبادلات المالية كالبيع والإجارة فإنه على الراجح يخرجها عن طبيعتها ويجعل العقد غير لازم له^(١)، أما إذا كان في عقد الزواج فإنه لا أثر له لأن عقد الزواج لا يقبل الفسخ، وفوق ذلك فليس في الزواج معاوضات مالية لأن المهر ليس من أركان الزواج وإنما هو حكم الحق الشرع به وقد سبق الكلام عن ذلك.

كذلك فإن التفرير لا يؤثر في وقوع الطلاق، فلو غررت امرأة بشخص ليتزوج بها إذا طلق امرأته فطلقها ورفضت من غررت به الزواج منه فإن الطلاق واقع لا محالة.

(١) وقد تناول القانون الكلام عن هذا الموضوع تحت عنوان التدليس في المادتين ١٢٥، ١٢٦، وقد

تكلم الدكتور السهوري في الوسيط ص ٣١٨ عن علاقة التدليس بالغلط وتنص المادة ١٢٥:

١ - يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

٢ - ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملاحظة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة. أما المادة (١٢٦) فإنها تقرر أنه «إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس».

والتدليس في نظر القانونيين هو استعمال أحد الطرفين مع الآخر أموراً يخفى بها فيقبل العقد. راجع

أيضاً شرح القانون المدني «القديم» للمرحوم فتحي زغلول ص ١٣٢ وراجع ج ٦ ص ٩١

«العقود المسماة» شرح القانون المدني الجديد للدكتور محمد كامل مرسى.

ثالثاً، الإكراه:

الإكراه هو إجبار الشخص على أن يأتي أمراً قولاً كان أو فعلاً من غير أن يكون له فيه رغبة ولا يلزمه شرعاً^(١).

والشخص لا يعتبر مكرهاً إلا إذا كان من يكرهه قادراً على تنفيذ ما هدد به. وأن يغلب على ظن من وقع عليه الإكراه أن المكره جاد فيما يهدد به، وأن الإيذاء واقع عليه لا محالة إذا لم يذعن لإرادته وينفذ ما أمره به مما لا يرغب في فعله ولا يجب عليه عمله. ويرى الإمام أبو حنيفة أن الذي له القدرة على الإلزام والإكراه بطريق الجبر والتهديد هو السلطان لا غير إذ هو وحده الذي يملك تنفيذ ما توعدهدد من غير أن يمنعه أحد، ويرى صاحبان أن الإكراه يتحقق من السلطان وغيره، لأن الأساس فيه أن يقع الشخص تحت تهديد الغير وبطشه، وأن يغلب على ظنه جديته وقدرته على فعل ما توعده به.

وقيل أن سبب الخلاف بين الإمام وصاحبيه أن زمن الإمام لم يكن لغير السلطان قدرة على الإكراه، ثم تغير الحال في زمانهما^(٢).

(١) وفي شرح المنار ص ١٩٢ «الإكراه هو حمل الإنسان على ما يكره ولا يريد مباشرته لولا الحمل عليه بالوعيد» وفي كشف الأسرار ج ٤ ص ١٥٠٢ «الإكراه حمل الغير على أمر يمتنع عنه بتخويف يقدر الحامل على إيقاعه ويصير الغير خائفاً به فائت الرضا بالمباشرة» ويقول صاحب الاختيار ج ٣ ص ٢٧٥ «وهو الإلزام والإجبار على ما يكرهه الإنسان طبعاً أو شرعاً فيقدم عليه مع عدم الرضا ليدفع عنه ما هو أضر منه» وقال صاحب المبسوط ج ٢٤ ص ٣٨ «إن بعض الفقهاء شبه عقد المكره بعقد الهازل من ناحية عدم توافر الرضا بالحكم فيهما مع وجود القصد والاختيار، وبعضهم يشبهه بالعقد الذي دخل عليه خيار الشرط، فإن رضا العاقد بالحكم ينعقد مع وجود خيار الشرط، وإن كان العقد نفسه موجوداً»، وراجع البدائع ج ٧ ص ١٧٥، ج ٣ ص ٣٢٢، والدرر شرح الغرر ج ٢ ص ٢٦٩، والزيلعي ج ٥ ص ١٨٢، مرآة الأصول ص ٢٥٩، التوضيح ج ٣ ص ٢٢٦.

(٢) وفي الهداية والكنز: أن الإكراه يثبت حكمه إذا حصل عن يقدر على إيقاع ما توعده به سلطاناً كان أو لصاً. وما قاله الإمام إنما هو ناشئ عن اختلاف الزمن.

الإكراه الملجئ وغير الملجئ،

وعلى كل فالإكراه إذا كان بالتهديد بالقتل أو بتر أحد الأعضاء، أو بالضرب الذي يخاف فيه تلف النفس أو العضو فهو إكراه تام، ويسمى بالإكراه الملجئ. وهو معدم للرضا ويفسد معه الاختيار. أما إذا كان التهديد بالحبس أو القيد أو الضرب الذي لا يقضى إلى التلف فهو إكراه ناقص، أو غير ملجئ وهو معدم الرضا أيضاً، غير أن الاختيار لا يفسد به، لأن المكره يستطيع تحمل الأذى المهدد به، وإن كانت طبائع الناس تختلف في ذلك كما يقول الفقهاء وعلماء الأصول^(١).

غير أن أمهات كتب الأصول قسمت الإكراه إلى ثلاثة أنواع: نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار^(٢) وهو الملجئ، نحو التهديد بما يخاف به على نفسه أو عضو منه لأن حرمة الأعضاء كحرمة النفس، ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار نحو الإكراه بالقيد أو الحبس مدة مديدة، أو بالضرب الذي لا يخاف به التلف على نفسه، وإنما لم يفسد به الاختيار لعدم الاضطرار إلى مباشرة ما أكرهه عليه لتمكنه من الصبر على ما هدد به، ونوع آخر لا يعدم الرضا فلا يفسد به الاختيار ضرورة كان يهدده بحبس أبيه أو ولده أو زوجته أو أمه أو أخته أو أخيه وكل ذي رحم محرم منه، غير أنه من الملاحظ أن هذا النوع لا تترتب عليه أحكام الإكراه، ولذا

(١) يقول صاحب مرآة الأصول «والإكراه نوعان ما يعدم الرضا ويفسد الاختيار» بأن يكون الإكراه بإتلاف النفس أو العضو وهو الملجئ أي الموجب لإلجاء الفاعل واضطراره إلى مباشرة الفعل خوفاً من فوات النفس أو العضو. والثاني ما يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار بأن يكون الإكراه بحبسه أو قيده أو ضربه أو نحوه مما يوجب غمماً يعدم الرضا، وهذا يختلف باختلاف الناس، فالأراذل ربما لا يهتمون بالضرب أو الحبس، فالضرب اللين لا يكون إكراهاً في حقهم بل الضرب المبرح، وكذا الحبس إلا أن يكون مدهناً يتضرر منه، والأشراف يهتمون بكلام فيه خشونة فمثل هذا يكون إكراهاً لهم... وهو بقسميه لا ينافي الأهلية.

(٢) الاختيار هو القصد إلى أمر متردد بين الوجود والعدم داخل في قدرة الفاعل بترجيح أحد الجانبين على الآخر، والصحيح منه أن يكون الفاعل في قصده مستبداً، والفاقد منه أن يكون الاختيار مبنياً على اختيار الآخر فإذا اضطر إلى مباشرة أمر بالإكراه كان قصده بالمباشرة دفع الإكراه حقيقة فيصير الاختيار فاسداً وإن لم ينعدم أصلاً. راجع كشف الأسرار ج ٤ ص ٥٠٣.

لم يذكره بعض الأصوليين والفقهاء، فلو قال شخص لآخر إما أن تتعاقد معي على بيع كذا بكذا أو أحبس ابنك أو أباك في السجن، فباعه إياه لزمه قياساً، لأنه لم يهدده بشيء في نفسه، وفي الاستحسان - كما يرى صاحب كشف الأسرار - اعتبر ذلك التهديد إكراهاً فلا ينفذ التصرف لأنه يلحق به من الهم والأذى ما يجعله يتهاون ويقبل التعاقد. هذا وينبغي أن يكون للإكراه الأدبي اعتبار أيضاً.

حكم العقد مع الإكراه:

الإكراه لا يؤثر على أهلية الأداء وإن كان يعدم الرضا. أما الاختيار الذي هو القصد إلى الفعل^(١) فهو الذي يفسد مع الإكراه الملجئ ويبقى سليماً مع الإكراه الناقص. أما النوع الذي أشارت إليه أمهات كتب الأصول فهو لا يؤثر على الرضا ولا الاختيار قياساً لا استحساناً.

والأحناف الذي يفرقون بين الاختيار والرضا يعتبرون مجرد القصد إلى عقود النكاح والرجعة والطلاق موجداً لها مظهراً لحكمها، وأن الإكراه بنوعه لا يؤثر فيها لتحقيق اختياره لأخف الضررين. أما فيما عداها فهم مع غيرهم في أن العقد مع الإكراه غير صحيح مع ملاحظة أن غير الصحيح عند الأحناف يشمل الفاسد والباطل، وعقد المكره عندهم يكون فاسداً، وعلى هذا يكون للمكره عند إزالة الإكراه حق فسخ العقد أو إمضائه عندهم، وعند غيرهم لا يوجد عقد إذ لا فرق بين الفاسد والباطل.

أثر التفرقة بين الملجئ وغيره تظلم فيه المأمال دون العقود:

والتفرقة بين الإكراه الملجئ وغيره في الواقع لم أجد لها أثراً فعلياً في العقود، وإنما هي تفرقة نظرية محضة بالنسبة لها لأن الفقهاء لم يفرقوا بين حالات الإكراه عند كلامهم على عقد المكره، وإن كان لهذه التفرقة أثر في التصرفات الفعلية التي يكون عليها الشخص كالإكراه على القتل، أو على شرب الخمر، أو

(١) يقول الأصوليون من الأحناف «إنه القصد إلى أحد طرفي الممكن بترجيحه على الآخر».

الإشراك بالله، أو إتلاف مال الغير أو سرقة، أو الزنا أو غير ذلك مما جاء تفصيلاً فى كتب الأصول، وليس هذا موضع دراستنا فى العقود^(١). وإن كان مقتضى هذا التقسيم، وكون الإكراه الملجئ يفسد الاختيار أيضاً كلاهما يقضى بأن العقود الخمسة التى قالوا إن الهزل فيها يأخذ حكم الجذ بنص الحديث لا تنعقد مع الإكراه الملجئ، لانعدام الاختيار والرضا معاً تبعاً لقواعد الأحناف. هذا ما أفهم أن قواعدهم فى الرضا والاختيار يجب أن تنج مع تقسيمهم للإكراه إلى ملجئ يفقد الرضا ويفسد الاختيار وغير ملجئ، وقولهم فى تعليل العقود الخمسة إن وجود الاختيار فيها يغنى عن الرضا. . فإين الاختيار فى الإلزام الملجئ مع قولهم بأنه معدم الرضا والاختيار معاً.

(١) وقد تناول القانون الإكراه فى المادتين ١٢٧، ١٢٨ ويعرف الدكتور السهورى فى الوسيط ص ٣٣٤ الإكراه أنه ضغط تستأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد، والذي يفسد الرضا ليست هى الوسائل المادية التى تستعمل فى الإكراه بل هى الرهبة التى تقع فى نفس المتعاقد، ويرى أن الإكراه وإن كان يفسد الرضا فإنه لا يعدمه لأن إرادة المكره موجودة إذ اختار أهون الضررين وإنما يعدم الإكراه الرضا إذا انتزع الرضاء عنوة لا رهبة كما إذا أمسك المكره بيد المكره وأجرى القلم فى يده بالتوقيع على الالتزام فى هذه الحالة يكون العقد باطلا لانعدام الرضا. وراجع أيضاً فى هذا شرح القانون المدنى للدكتور محمد كامل مرسى (العقود المسماة) ج ٦ ص ٩٥ فينقل لنا ما يفيد أن محكمة النقض فى ١٩٥١/٢/٨ قررت أن الإكراه المبطل للرضا لا يتحقق إلا بالتهديد المفضع فى النفس أو المال، أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل للمكره باحتمالها أو التخلص منها. ويكون من نتائج ذلك خوف شديد يحمل المكره على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله اختياراً... إلخ.

الفصل السادس

الشروط المقتترنة بالعقد

يحتوى هذا الفصل على ثلاثة مباحث: سلطة العاقد فى إنشاء الشروط .
والخيارات التى تشترط فى العقود اللازمة، والتحفظات التى تراعى دون اشتراط .

المبحث الأول

سلطة العاقد فى إنشاء الشروط

الشروط المقتترنة بالعقد:

ونعنى بالشروط هنا، التزام العاقد فى عقده أمراً رائداً على أصل العقد^(١) سواء أكان يقتضيه العقد نفسه أم كان مؤكداً له أم كان مخالفاً له، وسواء أكان ينتج منفعة لمن اشترط له الشرط أم كان اشتراطاً لصالح الغير^(٢) أم لم تكن هناك منفعة لأحد مطلقاً.

(١) والشرط يعرف فى اللغة بمعدة معان. منها إلزام الشئ والتزامه فى البيع ونحوه، وله عند الشرعيين معنى آخر وهو الأمر الزائد عن ماهية الشئ، وحقيقته الشرعية الذى يتوقف وجود الشئ على وجوده ويعدم بعدمه، وراجع لنا فى الشرط والفرق بينه وبين الركن والسبب وأقسام الشرط من ناحية مصدره ومن ناحية ما يشترط فيه إلى غير ذلك. كتابنا مباحث الحكم عند الأصوليين. وراجع لسان العرب فى مادة شرط والتوضيح على التنقيح لعبد الله بن مسعود جـ ٢ ص ١٤٥، وحاشية ابن عابدين جـ ١ ص ٢٨١. والشرط فى نظر القانون قد أشرنا إليه من قبل، وراجع السنهاورى فى الوسيط جـ ٣ من ص ٢٦ - ٧٢.

(٢) الاشتراط لمصلحة الغير يعتبر شرطاً فاسداً عند الأخاف بمعنى أنه يفسد العقد نفسه ما دام عقد معاوضة مالية. وفى حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ١٦٧ «فلو شرط نفعاً لأجنبى عنهما لا يفسد العقد ويبطل الشرط لما فى الفتح عن الواجبة بعثك الدار بالف على أن يقرضنى فلان كذا فقبل المشتري صح العقد ويبطل الشرط لأنه لا يلزم الأجنبى ولا خيار للبائع غير أننا نلاحظ أن التمثيل هنا يختلف عن أصل المسألة لأن المثال فيه شرط ضار بالغير والأصل شرط نافع للغير «الأجنبى» ثم يقول: فى البحر عن الملتقى قال محمد كل ما يشترط على البائع. فإذا شرط على أجنبى كان يشترط على أن يحط عنه فلان الأجنبى كذا جاز العقد وهو بالخيار إما أن يأخذ بجميع الثمن أو يترك». والمذهب الشافعى كما فى نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٥٨ «إذا قال بعثك هذا العبد مثلاً بالف دينار على أن تبيعنى أو فلان كذا بكذا أو تشتري منى أو تشتري فلان كذا بكذا =

فالاتزان بالشرط هو تقديم الصيغة المنشئة للعقد بشرط يظهر أثره في أحكامها فقط كأن يدخل على العقد شرط ينتج مصلحة لأحد العاقلين أو غيرهما. كأن تقول بعثك هذه الدار على أن أسكنها أو يسكنها فلان شهراً، أو قبلت رواجك على أن أبقى في بلدتي أو على أن لا تتزوج بأخرى، أو يقول شخص لآخر اشتريت منك دارك هذه بألف جنيه أدفعها بعد سنة فيقبل بشرط أن تحضر له كفيلاً وهكذا، أو أن يشترط بائع العقار على المشتري وقف العقار لجعله مسجداً، أو أن يملك شخص مالا لغيره بطريق من طرق التملك ويشترط عليه التصديق به أو أنه يقضى به دين فلان أو يصل به رحمه^(١).

= فيبطل للشرط الفاسد. وفي الروض التفسير وشرحه «وإن اشترى ذراعاً أو ثوباً مثلاً بعشرة بشرط حصده وخياطته له بدرهم لم يصح الشراء سواء شرط العمل على البائع أم على أجنبي» ولذا فإن الاشتراط لمصلحة الغير قد أقفل بابه في الفقه الحنفى والشافعى، أما في المذهب الحنبلى فقالوا إنه يصح أن يبيعه داراً على أن يتخذها مسجداً أو يقفها على كذا أو يملكه مالا على أن يتصدق به على الفقراء أو يهبه لفلان أو يصل به رحمه أو يؤدي دين فلان، ويكون العقد صحيحاً، والشرط لازماً (ابن تيمية ج ٣ ص ٣٤٧) أما في القانون فراجع للأستاذ الدكتور محمد سامى مذكور بحثه القيم المنشور بمجلة القانون والاقتصاد العددان (١ ، ٢) من السنة الثالثة والعشرين فى الموضوع، ومثل له بأن يشترط أحد المتعاقدين فى عقد رسمى على الآخر أن يهب مالا إلى شخص ثالث فيستعهد الثانى بالتنفيذ أو يشترط البائع على المشتري ألا يطرد مستأجراً من العين المباعة عند نهاية العام الزراعى. أو محام يتفق مع آخر على أن يقوم مقامه فى الدفاع عن متهم معين. فهل يكتسب الغير فى جميع هذه العقود حقاً قبل المتعهد؟ وهل يكتسب حقه من العقد الذى لم يشترك فى إبرامه. فيبين فى القسم الأول النظرية القديمة فى الاشتراط لمصلحة الغير التى تستند إلى قاعدة رومانية تقضى بعدم الجوار، ثم بين النظرية الحديثة فى الاشتراط، القائمة على فكرة أنه ليس هناك فى المنطق القانونى ما يمنع من جوار الاشتراط لمصلحة الغير، وأن القاعدة الرومانية القديمة اقتضت الأوضاع الشكلية التى قام عليها القانون الرومانى، ثم أسند الاشتراط فى القانون المصرى الجديد للمواد من ١٥٣ - ١٥٦ وهى تفيد فى مجموعها أن المشروع المصرى قصد اتباع المذهب القاضى بالجوار كقاعدة عامة. وخلص من كل هذا إلى أن الاشتراك لمصلحة الغير لا يخرج عن القواعد التقليدية إلا من ناحية تفسير حق مباشر للمنتفع فى مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه؛ ورأى أن التفرقة بين العقود الشخصية وعقود الغير هى مجرد تفرقة فقهية وأن الاشتراط لمصلحة الغير ما يزال فى التشريع المصرى استثناء على القواعد الطبيعية فى العقد.

(١) راجع فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣٤٧ وهذه الأمثلة كلها تفيد الاشتراط لمصلحة الغير وقد أجارها واعتبرها شروطاً صحيحة ملزمة.

وقد لا ينتج الشرط مصلحة لأحد مطلقاً لا من العاقدین ولا أجنبی عنهما
 كأن تبیع לאחר کتاباً على شرط ألا یقرأ فیہ أو داراً على أن لا یسکنها إلى غیر ذلك
 من الشروط التى هی أقرب إلى العبث منها إلى الجد والتی یرى الفقهاء أنها شروط
 باطلة ولا أثر لها فی العقد.

والشرط یقترن بالعقد فی کل الأحوال سواء أکان العقد منجزاً أم مضافاً أم
 معلقاً، وسواء أکان مؤبداً أم مؤقتاً. كأن تقول جعلت أرضی هذه صدقة موقوفة
 على الفقراء والمساکین بشرط أن تقضى حوائج فقراء قرابة الواقف أولاً، أو أن
 یقول شخص إن مت فقد جعلت لك زراعة حقلى هذا سنة على أن لا تغرس به
 شجراً أو تقيم فیہ بناء أو غیر ذلك.

والفرق بین التعليق على الشرط والاقتران بالشرط واضح، إذ الأول یتوقف
 فیہ وجود العقد على وجود الشرط المعلق علیه، أما الثانى فالعقد غیر متوقف على
 شئ لكن اتصل به شرط أضافه العاقد لأنه یحقق مصلحة له أو لغيره، ويمكن
 القول بأن التعليق ترتیب أمر لم یوجد بأداة من أدوات الشرط، أما العقد المقترن
 بالشرط فهو التزام أمر لم یوجد فی أمر وجد بصيغته.

والشرط المقترن بالعقد إذا كان اشتراطه قبل العقد ثم أجرياً العقد من غیر
 نص علیه ولا إشارة فالمشهور عن الشافعى ورأى لأبى حنیفة أنه لا تأثير له على
 العقد ویكون الشرط السابق مجرد وعد غیر لازم قضاء، وذهب مالک وأحمد إلى
 أن هذا الشرط السابق مثله مثل الشرط المقارن. غیر أنه روى عن أحمد أن الشرط
 السابق إذا كان رافعاً لمقصود العقد أبطله، وعند الظاهرية أنه لا أثر له مادام لم
 یذكر فی العقد سواء أکان قبله أم بعده والعقد صحیح، وإن ذکر فی العقد فهو
 لازم والبیع صحیح مادام الشرط قد ورد به نص^(١).

(١) راجع المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٤١٢ «وكل شرط وقع فی بیع منهما أو من أحدهما یرضى
 الآخر فإنهما إن عقداه قبل عقد البیع أو بعد تمام البیع ولم یذكراه فی حین العقد فالبیع صحیح
 تام والشرط باطل لا یلزم. فإذا ذکر ذلك الشرط فی حال عقد البیع فالبیع باطل مفسوخ
 والشرط باطل أى شرط كان لا تحاش شیئاً إلا سبعة شروط فقط فإنها لازمة والبیع صحیح إن
 اشترطت فیہ» وسنذكر هذه الشروط السبعة بعد مع بیان دلیلها.

وقد يثبت الشرط دون حاجة إلى النص عليه عند التعاقد، كاشتراط سلامة العين المباعة من العيب ما دام لم تشرط البراءة من العيب، وهناك تحفظات ثبت كما يرى بعض الفقهاء حتى مع النص على إسقاط الحق فيها، وهو أن يكون للمشتري حق الخيار عند رؤية السلعة فيفسخ العقد أو يمضيه عندها، كما سنبينه بعد.

وهذا النوع من الشروط مصدره الشارع بينما الشروط الأخرى مصدرها العاقد نفسه.

مطالع حوية العاقد في الاشتراط.

لبيان ما للعاقد من سلطان في العقد، ومدى حرته في إلحاقه بشروط تغير من طبيعة حكمه أو تحد من أثره، وفي إحداث تحفظات يملئها في العقد لا يتم رضاؤه من غيرها، يجب أولاً أن نبين مركز التعاقد في العقد. وهل هو الذي يحدد أثر العقد ويوجد حكمه المترتب عليه؟ أي أن أثر العقد وحكمه نتيجة طبيعية مترتبة على العقد، وبذا يستطيع المتعاقد أن يتحكم في الأثر المترتب على العقد ويشكله حسب رغبته التي تظهر في الشروط والتحفظات التي يدخلها في العقد كي يتحقق في نفسه الرضاء بالعقد، ومن الطبيعي أن الرغبات مختلفة ومتفاوتة تتجدد بتجدد الزمن، وتشكل بمقتضيات الحياة وتغير الأحداث. أم أن الأحكام رتبها الشارع على العقود فلا يملك المتعاقد التغير من طبيعتها؟

الفقهاء يرون أن العقود أسباب جعلية شرعية للأحكام^(١)، بمعنى أن العاقد بإرادته يكون العقد، أما الحكم المتعلق به كنقل ملكية المبيع من حيز إلى حيز فهو من جعل الشارع وترتيبه، وليس نتيجة حتمية لإرادة المتعاقدين وحدها على

(١) أما القانون فالمادة ١٤٧ على أن العقد شريعة المتعاقدين فلهما أن يزيدا من الشروط ما يريدان وأن يتحكما في الأثر المترتب على العقد فيخضعا لارغباتهما. وذلك لأن التعاقد بإرادته الحرة هو الذي يوجد العقد ويوجد أثره فله أن يتحكم تبعاً لذلك فيما يتج منها من أحكام في حدود النظام العام والآداب وإلا كان باطلا المادة ١٣٥.

التفصيل السابق، إذ الإنسان قد يرتب أمراً لا يشك في ترتب أثره عليه لكن الأثر رغم ذلك يتخلف^(١).

فالله تعالى جعل العقد سبباً للحكم وطريقاً يصل بسالكه إلى ما رتبته الشارع على سلوكه من نتائج والتزامات، ومع هذا فالربط بين السبب والمسبب تم بصنع الله وإرادته، وإنما كان حكم العقد من عند الله كي لا يبغي الناس بعضهم على بعض نتيجة رغباتهم المختلفة التي قد تؤدي إلى الغبن والفرر أو التنازع والضعينة^(٢).

موقف الفقهاء من حرية التعاقد في الشروط:

لما كانت الأحكام من الشارع وترتيبه على ما بينا وضع الشارع حدوداً لما يشترطه الناس في عقودهم إن التزموها كانت العقود صحيحة والشروط ملزمة باتفاق الفقهاء، وإذا تجاوزوها كانت لاغية بل وقد تؤثر على العقد نفسه فتبطله، والفقهاء متفقون على أن هناك ما هو جائز ويصح اشتراطه في العقد والالتزام به، ومنها ما لم يبيحه الشرع فلا يجوز ولا يصح الالتزام به، واختلفوا فيما يعتبر شرطاً صحيحاً أو غير صحيح تبعاً لتفاوتهم في فهم الحدود التي وضعها الشارع وهم في هذا بين اتجاهين: فريق مضيق في الشروط جاعل الأصل فيها الحظر والتحريم فلا يباح منها إلا ما قام الدليل من الشارع على صحته وهؤلاء هم الظاهرية، ويمنح نحوهم الأحناف والشافعية والمالكية وجمهور الحنابلة بهذا الترتيب، وهم مختلفون

(١) وقد حدث أن حشد الناس قديماً الوقود من كل مكان ليشعلوا النار في إبراهيم والقوه فيها بعد أن ارتفع لهيها ليحترق، والنار من شأنها أن تحرق، لكنها، كانت برداً وسلاماً على إبراهيم قال الله تعالى: ﴿قَالُوا احْرَقُوهُ وَانصُرُوا آلِهَتَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ فَاعِلِينَ﴾ قلنا يا نار كوني برداً وسلاماً على إبراهيم. كما في كتب التفسير ومنها تفسير أبو السعود ج ٣ ص ٣٤٧.

وقد يجد الطالب ويأخذ بكل أسباب النجاح مما لا يجعل مجالاً للشك في نجاحه وتفوقه ثم تكون النتيجة عكس ذلك.

(٢) راجع فتاوى ابن تيمية، كشف الأسرار للبزدوى ج ٢ ص ٣٥٨، الموافقات للشاطبي ج ١ ص ١٣١.

فى هذا تبعاً لاختلاف نظرهم فى الأدلة الشرعية وما يصح منها معتمداً لمشروعية الشرط وما لا يصح، وتبعاً لنظريته للشرط نفسه من ناحية موافقته لمقتضى العقد وعدم موافقته. وفريق آخر من فقهاء الحنابلة يرى عكس ذلك وأن الأصل فى الشروط الإباحة والجواز، لا يمنع منها ولا يحرم إلا ما نهى عنه الشارع. وعلى رأس هذا الفريق ابن تيمية وابن القيم وقالوا إنه رواية عن أحمد بن حنبل، ورجح هذا الاتجاه بعض فقهاء الشيعة الجعفرية^(١). وبذا لمجد الفقه الإسلامى فى الشروط العقدية - أو بالاصطلاح القانونى بالنسبة لمبدأ سلطان الإرادة فى آثار العقد - بين مدرستين: مدرسة لا تبيح إلا ما ورد به نص ويتزعمها الظاهرية، ومدرسة تبيح كل شرط لم يرد نص بتحريمه ويتزعمها ابن تيمية وابن القيم، وسنقدم لك رأى كل فريق من المدرستين.

موقف الظاهرية من الشروط.

الظاهرية قوم لا يعترفون بالقياس ويقفون عند ظواهر النص كما بينا. وقالوا إن كل شرط وقع بين المتعاقدين باتفاقهما كان باطلاً وأبطل العقد نفسه أى شرط كان^(٢) إلا سبعة شروط^(٣) متمسكين فى ذلك بما روى فى صحيح مسلم عن عائشة أن الرسول عليه السلام قال: «أما بعد فما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله ما كان من شرط ليس فى كتاب الله عز وجل فهو باطل وإن كان مائة

(١) راجع فى فقه الشيعة مفاتيح الأصول للطباطبائى.

(٢) راجع المحلى لابن حزم ج ٨ ص ٤١٣ حيث يقول: «فلما كانت الشروط كلها باطلة غير ما ذكر كان كل عقد من بيع أو غيره عقد على شرط باطل باطلاً ولا بد؛ لأنه عقد على أنه لا يصلح إلا بصحة الشرط، والشرط لا صحة له...».

(٣) وهى كما فى المحلى ج ٧ ص ٤١٢ المسألة ١٤٤٥ ١ - اشتراط الرهن فيما تبايعاه إلى أجل غير مسمى. ٢ - اشتراط تأخير الثمن إلى أجل مسمى إن كان دراهم أو دينار. ٣ - اشتراط أداء الثمن إلى الميسرة وإن لم يذكر أجلها. ٤ - اشتراط صفة فى البيع يتراضيان عليها ويتم البيع على أساس تلك الصفة. ٥ - اشتراط أن لا خلافة. ٦ - بيع أصول نخل فيها ثمرة قد أبرت قبل الطيب أو بعده. ٧ - اشتراط المشتري مال العبد أو الأمة سواء أكان كله أو بعضه معلوماً أو مجهولاً مسمى معيناً أو مشاعاً...».

شرط، كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق»، ولأن الالتزامات الشرعية لا تأخذ قوتها من أقوال العاقدین وإرادتهم، وإنما من ترتيب الشارع، وما لم يرد له حكم من الشارع فلا يترتب عليه أثر ولا يعمل به^(١) بل يبطل العقد لأن في إبطال الشرط إبطال الرضا^(٢) ولأنها شروط تتضمن حل ما كان محرماً أو ممنوعاً أو عكس ذلك، أما الشروط السبعة التي أجازوها فلأن النص ورد بها^(٣).

وواضح أن هؤلاء الفقهاء قد ضيقوا على الناس في معاملاتهم وسائر تصرفاتهم حينما يقفون بالعقود والشروط عندما كان عليه الناس وقت ظهور الإسلام، ولم يحسبوا لاختلاف الأزمان وتطور التعامل بين الناس أى حساب، وخاصة أنهم لا يؤمنون بالقياس ويقفون عند ظواهر النصوص.

موقف ابن تيمية وابن القيم من الشروط:

وعلى النقيض من الظاهرية نجد بعض فقهاء الحنابلة يتوسعون في الشروط ويفتحون بابها على مصراعيه فيجيزون كل الشروط التي يتراضيانها في العقد ما دام لم يرد عن الشارع نهى عنها بخصوصها، سواء أقام الدليل على اعتبارها أم كان

(١) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣٢٣.

(٢) وقالوا أنه إذا عملنا به نكون قد أدخلنا في الدين ما ليس منه، وقالوا لا يخلو كل اشتراط في بيع أو غيره من أحد ثلاثة أوجه: إما إباحة ما لم يجب في العقد، وإما إيجاب عمل، وإما المنع من عمل، وكل ذلك حرام بالنص، يقول الرسول: «إن دماءكم وأموالكم وأبشاركم عليكم حرام» ولقوله تعالى: «لم تحرم ما أحل الله لك» فصح بطلان كل شرط جملة، إلا ما جاء النص بإباحته، راجع للمحلى ج ٨ ص ٤١٥.

(٣) المحلى ج ٨ ص ٤١٣، أما الرهن فلاية «ولم تجدوا كاتباً فهران مقبوضة»، واشتراط تأجيل الثمن لأجل مسمى فلاية «إذا تدابتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه»، والتأجيل إلى الميسرة فلاية «وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة» وما روى عن عائشة أن الرسول بعث إلى يهودى قدمت عليه ثياب. «ابعث إلى بثوين إلى الميسرة» واشتراط صفة في المبيع فلاية «إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم» وقالوا إن التراضى لا يكون إلا على صفات المبيع وصفات الثمن ضرورة وإن كان في الواقع لا يوجد مبرر لهذا التخصيص، واشتراط أن لا خلافة فلقول الرسول لحبان بن منقذ «إذا تبايعت فقل لا خلافة ثم إنك بالخيار ثلاثة أيام» أما بيع العبد واشتراط ماله، واشتراط ثمن النخل المؤبر فلما رواه عبد الله بن عمر عن أبيه أن الرسول قال: «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، ومن باع نخلاً قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترط المبتاع».

مسكوتاً عنها حتى لو خالفت مقتضى العقد، وقالوا إن هذا هو مذهب أحمد بن حنبل^(١).

ويؤيدون رأيهم بقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فأمر الشارع بالوفاء جاء عاماً فشمّل كل عقد أو شرط ما دام لم يرد في الشارع نهى عنه بخصوصه، ومن ناحية أخرى إن الرضا لا يتحقق إلا بتحقيق ما يشترط في العقد، والرضا أساس العقد، يقول الله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ كما استدلوا بحديث روى عن الرسول عليه السلام «الناس على شروطهم ما وافقت الحق» وقد ناقش ابن حزم هذه الأدلة كما ناقش ابن تيمية وابن القيم أدلة الآخرين.

الشافعية والأحناف والمالكية وجمهور الحنابلة:

في الواقع أن الأحناف والشافعية وإن كانوا يتجهون إلى قاعدة أن الأصل في الشروط والعقود الحظر لا الإباحة إلا أن لهم مصادرهم العديدة، وأخذ بعضهم بالقياس والاستحسان والاستصلاح والعرف خاصة^(٢)، فوق أنهم لا يقفون عند ظواهر النص بل يغوصون في المعنى بما يجعل في حظرهم إباحة وفي تضييقهم

(١) فتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٣٢٢، إعلام الموقعين لابن القيم والمغنى لابن قدامة.
وراجع في هذا بحثاً في الشروط الشائعة والمعاملات للأستاذ الشيخ ركي الدين شعبان منشور بمجلة القانون والاقتصاد العدد (٣، ٤) السنة الخامسة والمشرون ص ٣٤١ وراجع مجموع الفتاوى لابن تيمية ص ٣٢٨، ٢٤٤. فأباح هذا الفريق اشتراط المرأة على من أراد زواجها، ألا يتزوج عليها، أو أن تقيم في بلدها أو أن يقيم في دارها أو أن لا ينقلها منها، واعتبروه شرطاً ملزماً، وأعطوها حق فسخ العقد إذا تخلف الشرط، وأجازوا اشتراط البائع أن تكون له منفعة العين المبيعة مدة كذا بعد البيع، بل أكثر من هذا أجازوا اشتراط البائع عند البيع أن يكون له حق استرداد المبيع بنفس الثمن إن رغب المشتري في بيعه، حتى قالوا إنه يجوز أن يشترط على المشتري أن يتخذ العين مسجداً أو يقفها، كما أجازوا أن يشترط المالك على من تملك منه مالا بأى سبب من أسباب التملك أن يتصدق به أو يصل رحمه أو يقضى به بعض ما على فلان من دين. وهذه الأمثلة صريحة في جواز الاشتراط لمصلحة الغير عندهم وقد أشرنا إلى تفصيل هذا الموضوع قبل.

(٢) وفي الهداية للميرغيناني ج ٣ ص ٣٩ «إلا أن يكون متعارفاً لأن العرف قاض على القياس»

سعة، وقد لا يختلف المذهب الشافعى فى هذا عن المذهب الحنفى إلا فى اعتبار العرف مصدراً للشرط الصحيح^(١).

أما المالكية وجمهور الحنابلة، فهم فى الواقع أقرب إلى القاعدة الأخرى التى ترى أن الأصل فى الشروط الإباحة لا الحظر، وهم وإن كانوا لم يصرحوا بها ولم يتخذوها شعاراً لفقهم فى هذه المسألة، إلا أن لهم فى الأخذ بالمصالح ما يجعلهم رغم بعدهم عن اعتبار العرف مصدراً لصحة الشرط أكثر سعة فى الشروط من الأحناف والشافعية، وهذه فروعهم وتطبيقاتهم تشهد بذلك.

وقد اتجه فقهاء هذه المذاهب فى تقسيم الشرط اتجاهات مختلفة، قد يكون ما اتجه إليه الأحناف من تقسيم الشرط إلى صحيح وفاسد وباطل أكثرها انضباطاً ووضوحاً، ولذا فإننا سنتجه إليه هنا^(٢).

الشرط الصحيح، هو ما كان موافقاً لمقتضى العقد مؤكداً لهذا المقتضى أو ورد به نص رغم مخالفته لمقتضى العقد، أو جرى به العرف كذلك، ومن هذه يكون للشرط الصحيح أربعة أقسام: الثلاثة الأولى متفق عليها من جميع الفقهاء حتى الظاهرية، لأن مقتضى العقد شرط لم يأت بجديد، وإنما هو إظهار لنفس الحكم، والشرط الملائم إنما هو فى الواقع يقرر حكم العقد من حيث المعنى، أما الشرط المخالف لمقتضى العقد، فالظاهرية يجيزونه أيضاً كالفقهاء الآخرين ما دام النص قد ورد به. أما الشرط المخالف لمقتضى العقد ولم يرد به نص، فالأحناف يرونه صحيحاً إذا تعارف الناس على العمل به استحساناً لا قياساً. وخالف فى ذلك الآخرون وستكلم عن هذه الأقسام.

(١) فقد انفرد الأحناف بهذا، بينما الشافعى يرى أن العرف لا يمكن أن يؤثر على حكم شرعى. نهاية المحتاج ج ٣ ص ٥٨ - ١٩.

(٢) راجع المبسوط ج ١٣ ص ١٤ - ٢٨، الزيلعى ج ٤ ص ٥٧ - ٥٩، فتح القدير ج ٥ ص ٢١٥، ابن عابدين ج ٤ ص ١٢٦، البدائع ج ٥ ص ١٦٨.

الشرط المصحح يقتضيه العقد، وهو ما يوجب أثراً من آثار العقد، فما ينتجه ثابت بالعقد نفسه ومهمة الشرط أنه يظهر هذا الأثر ويصرح به، كأن يشتري ويشترط أن يملك المبيع أو أن يتسلمه، أو يشتري دابة على أن يركبها، أو ثوبا على أن يلبسه، ومثل اشتراط الإنفاق على الزوجة، أو أن تطيع زوجها، أو أن يشترط على البائع رد المبيع عند ظهور عيب فيه من قبل ينقص من ماليته، فهي كلها شروط صحيحة لا توجب فساداً فى العقد^(١).

الشرط الملزم للعقد، هو شرط وإن كان لا يقتضيه العقد إلا أنه من حيث المعنى إنما يقرر الحكم فهو مؤكد لمقتضى العقد كاشتراط تقديم رهن بالثمن، فالثمن يقتضيه العقد ويوجبه، والرهن إنما يكون للتوثيق^(٢).

ومثله أيضاً اشتراط البائع عند تأجيل الثمن إحضار كفيل فلإن العقد يصح ويلزم الشرط إذا قبل الكفيل^(٣)، ومثله أيضاً أن يبيعه بثمن مؤجل عليه، ويشترط أن يحيله به على فلان إذ يرى الأحناف صحة الشرط، لأن أصل الثمن ثبت فى ذمة المشتري والحالة تفيد الاستيثاق بالحق. ومثل له الكمال بن الهمام أيضاً بأن يحبس المبيع إلى قبض الثمن^(٤).

الشرط المصحح ووجه به نص ونظم مخالفته لمقتضى العقد، كالخيار والأجل فلإن اشتراط خيار الشرط فى العقد جاء به النص، وهو ما روى عن الرسول من قوله لحبان بن منقذ «إذا بايعت فقل لا خلافة ولى الخيار ثلاثة أيام»، واشتراط تأجيل الثمن ثبت بقوله تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾

(١) راجع البدائع ج ٥ ص ١٢١، والمذاهب الأخرى مع الأحناف فى هذا.

(٢) إذا كان الرهن غير موجود فى المجلس وغير مسمى ولا موصوف فالشرط فاسد ويفسد العقد معه لأنه يكون مجهولاً والتوثيق لا يتحقق مع الجهالة، والمالكية يثبتون العقد ويجبرون المشتري على دفع رهن مساو للثمن.

(٣) أما إذا كان غائباً أو حاضراً ورفض فإن العقد نفسه يفسد، وكذا إذا كان الكفيل مجهولاً. وصرح المالكية بجواز أن يكون الكفيل مجهولاً. راجع الخطاب ج ٤ ص ٣٧٥.

(٤) الفتح ج ٥ ص ٢١٤.



فالتدوين جاء عاماً فيشمل الثمن الموجل . وقد خالف مقتضى العقد وهو تمامه بمجرد انعقاده ولزومه ووجوب الثمن فوراً لانتقال الملكية به^(١).

الشروط المضافة جرحاً به العرف رغم مخالفتها لمقتضى العقد،
 كاشتراط المشتري على البائع أن يضمن إصلاح السلعة مدة كذا، أو اشتراط البائع على مشتري القماش أن يخطه له بكذا، أو اشتراط المشتري على البائع أن يحمل له السلعة إلى منزله أو أن يقوم بتركيبها. أو كما يقول الزيلعي كشراء النعل على أن يحذوها البائع، وقد انفرد الإمام وصاحبا بإجازة ما تعارف عليه الناس من شروط إذ يرون في عدم اعتبار العرف حرجاً بيناً، واتباعاً لقاعدتهم «المشروط عرفاً كالمشروط شرعاً»، و«الثابت بالعرف كالثابت بالنص»^(٢) وخالف في ذلك زفر والشافعي^(٣) ومن وافقهما لأنهم يرون بطلان ما خالف مقتضى العقد ولم يرد به نص.

والتحقيق أن الأحناف يعتبرون العرف ويصححون به الشرط، ولو كان عرفاً خاصاً^(٤)، وهذا ما يتناسب مع مرونة الفقه الاسلامي واتساع أفقه.

الشروط تظهر الصحيح، كما يراه الأحناف إما أن يحقق منفعة لأحد المتعاقدين أو لآخر أو لمحل العقد نفسه رغم مخالفتها لمقتضى العقد وعدم ورود نص به أو جريان العرف عليه، وإما ألا يحقق أى مصلحة لأحد رغم مخالفتها لمقتضى العقد، ومن أجل هذا فإنهم يقسمونه إلى نوعين: شرط فاسد يفسد العقد وشرط باطل لا يؤثر في العقد.

(١) تبين الحقائق جـ ٤ ص ٥٨، وقد سبق أن أشرنا إلى الشروط التي أجارها الظاهرية لورود النص بها برغم مخالفتها لمقتضى العقد.

(٢) راجع ما قلناه في العرف قبل في القسم الثاني، وراجع المبوط جـ ١٣ ص ٦٤.

(٣) نهاية المحتاج جـ ٣ ص ٥٨.

(٤) راجع الفتح جـ ٥ ص ٢٢١ وابن عابدين جـ ٤ ص ١٢٩، وما يقوله ابن نجيم المصري في الأشباه والنظائر ص ٤٤١ «والمذهب عدم اعتبار العرف الخاص، ولكن أفتى كثير من المشايخ باعتباره».

فالشروط الفاسدة، هو ما لم يكن صحيحاً وحقق منفعة لأحد المتعاقدين^(١) وكان فى عقد من عقود المعاوضات المالية مثل إذا باع داره لآخر على أن يسكنها البائع أو أرضاً على أن يزرعها أو دابة على أن يركبها أو ثوباً على أن يلبسه فترة بينها، أو على أن يقرضه مبلغاً أو يبيعه هو الآخر كذا، فلأن الشرط فى كل هذا مخالف لمقتضى العقد بل هو يتضمن عقداً آخر يحقق منفعة لأحدهما فقالوا إنه شرط فاسد ويفسد العقد ما دام من عقود المعاوضات ولم يكن متعارفاً عليه^(٢)، لأنه كما يقولون فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدى إلى الربا، أو لأنه يقع بسببه المنازعة فيعبرى العقد عن مقصوده أو أن هذا الشرط يقابله شيء فى الثمن ويكون له دخل فى الموازنة فبطلان العقد يترتب عليه تزعزع الرضا فى نفس من كان الشرط لصالحه.

ولمّا اقتصرنا على عقود المعاوضات المالية دون غيرها لما روى عن الرسول من نهيه عن بيع وشرط وصفقتين فى صفقة، ولأن حقيقة مذهب الحنفية أن الشروط الفاسدة من باب الربا وهو يختص بالمعاوضات المالية دون غيرها^(٣). كما أنهم اقتصرنا على الشرط الذى يحقق منفعة لأحدهما أو لمحل العقد، أما الشرط

(١) أما إذا كان الاشتراط على الغير أو لمصلحة الغير فإن الشرط نفسه باطل لا إلزام فيه والعقد جائز، وقد أشرنا إلى ذلك قبل.

(٢) راجع المبسوط ج ١٣ ص ١٤، البدائع ج ٥ ص ١٦٩، وفى تبين الحقائق للزيلعى ج ٤ ص ١٢٣ «ما يبطل بالشرط الفاسد: البيع والقسمة والإجارة، والرجعة والصالح عن مال والإبراء عن الدين وعزل الوكيل والمزارعة والمعاملة والإقرار والوقف والتحكيم» وفى الفتح ج ٤ ص ٢١٤ «أن ابن أبى ليلى يرى أن الشرط الفاسد إذا كان لا يحل شرعاً فإنه يعتبر لغواً ولا يؤثر على العقد ولو كان بيعاً أى أنه كالشرط الباطل أو غير الصحيح فى نظر الفقهاء الآخرين.

(٣) ولا يتصور فى غيرها من المعاوضات غير المالية كالنكاح والخلع والطلاق على مال، ولا فى التقييدات أو الإسقاطات أو الإطلاقات إلى غير ذلك من مما ذكره الزيلعى ج ٤ ص ١٣١ - ١٣٤، ولا فى التبرعات أيضاً لورود النص فى جواز الهبة مع الشرط الفاسد وإبطال الشرط فقط وهو ما روى أن الرسول عليه السلام حكم بصحة العمرى، ونفاذاً على العمرى وإبطال شرط الرجوع، وقاسوا سائر عقود التبرعات على الهبة. والعمرى هى الهبة التى يشترط فيها الواهب رجوع العين الموهوب له.



الذى يكون على الغير فإن النقول عنهم^(١)، أفادت أنه لا يفسد العقد، وإنما يبقى العقد معه صحيحاً والشرط لا أثر له لأنه لا يلزم الأجنبى عن العقد.

هذا هو مذهب الأحناف^(٢) فى الشرط الفاسد وهذه هى علة تفريقهم بين عقود المعاوضات المالية وغيرها بالنسبة للشرط غير الصحيح الذى يحقق منفعة لأحد العاقدين وهو كله محل نظر، وللمالكية والحنابلة فى الموضوع نظرة أخرى تتفق مع توسعهم فى صحة الشروط^(٣).

الشروط الباطل: وهو الذى يلغو لأنه مناقض للعقد ولم يرد به شرع أو يجرى به عرف ويبقى العقد صحيحاً سواء أكان الشرط لا نفع فيه لأحد كمن يبيع لآخر كتاباً بشرط أن لا يقرأ فيه، أو كان فيه منفعة لأحد العاقدين لكن العقد ليس فيه معاوضة مالية كال تبرعات والنكاح والطلاق والتقييدات والإسقاطات، كان تشترط عليه فى عقد الزواج أن لا ينقلها من بلدها، أو أن لا يتزوج عليها، أو يتعلق الشرط بآخر غير المتعاقدين سواء أكان اشتراطاً لمصلحة الغير أم ضده على تفصيل فى ذلك.

(١) حاشية ابن عابدين على شرح المختار ج ٤ ص ٢٦٧ - ٢٦٨.

(٢) المذهب الشافعى لا يختلف عن المذهب الحنفى إلا أنهم لا يعتبرون ما تعارف عليه الناس من شروط تخالف مقتضى العقد ولم يرد بها نص فيرون عدم صحتها خلافاً للأحناف، ومن جهة أخرى فإنهم كما تفيد النقول عنهم يرون أن الشرط الفاسد سواء تعلق بأحد العاقدين أو بآخر غيرهما يفسد العقد نفسه (نهاية المحتاج ج ٣ ص ٥٨ - ٥٩).

(٣) راجع بداية المجتهد لابن رشد ج ٢ ص ١٣١، وحاشية الخرشى على خليل ج ١، ص ٨٠ وما بعدها، كشف القناع ج ٢ ص ٤٠، المغنى لابن قدامة.

المبحث الثانى

الخيارات التى تشترط فى العقود اللازمة

الخيارات وحكماتها

من الشروط التى تناقض العقد لكنها تعتبر صحيحة فى نظر الجميع لورود النص بها الخيارات^(١)، فهى تحفظات لصاحب العقد، إما بقوة الشارع من غير أن ينص عليها كمختيار العيب والرؤية وهى التى ستناولها فى المبحث القادم، وإما لا بد من اشتراطها عند التعاقد، وأن يتم اشتراطها برضاء طرفى العقد كمختيار التعيين والشرط، والخيارات فى الواقع تخالف ما يقتضيه العقد من التزامات إذ هى تجعل لمن له الخيار حق عدم الالتزام بالعقد^(٢)، والخيارات منها ما جاء به الشرع صراحة، ومنها ما قيس على ما جاء به الشارع.

الخيارات جمع مفردة خيار، وهو فى اللغة طلب خير الأمرين. إما إمضاء العقد أو فسخه، والمعنى الشرعى لا يبعد عن ذلك، والخيارات شرعت ليتأكد رضاء العاقد بالعقد، وليكون على بينة من أمره دفعاً للغبن ومنعاً للضرر^(٣). فالمرء قد يقدم على إمضاء العقد من غير أن يرى محله أو من غير أن يكون له خبرة فيه، وقد يكون فى محل العقد عيب لا يقبل معه المتعاقد الشراء، أو يكون الطرف الآخر قد أغراه ليقدّم على إمضاء العقد بأوصاف لم تكن فيه إلى غير ذلك: ويخشى إذا أحجم عن التعاقد أن تكون فى العقد مصلحة له يندم عليها إذا ترك التعاقد وقد لا تتيح له الفرصة ذلك لاحتتمال أن يتعاقد الغير عليها، أو لاحتتمال

(١) راجع فى الخيارات كتب الفقه مثل البدائع ج ٥ ص ٣٦٩ وما بعدها، رد المختار شرح تنوير الأبصار ج ٤ ص ٤٩ وما بعدها، درر الحكام شرح غرر الأحكام ج ٢ ص ١٥١ وما بعدها، الهداية ج ٣ ص ٢٢ وما بعدها، الفتح ج ٥ ص ١١٠، وما بعدها المبسوط ج ١٣ ص ٣٨ وما بعدها، الزيلعى ج ٤ ص ١٤ وما بعدها، الجوهرة على مختصر القدورى آخر الجزء، الفقه على المذاهب الأربعة ج ٢ ص ٢٢٤ وما بعدها.

(٢) الفتح ج ٥ ص ١١٠.

(٣) وفى الهداية ج ٣ ص ٢٢ «شرعت للحاجة إلى التروى ليندفع الغبن».

عدول صاحبها، فيقدم على العقد من غير أن يتحقق الرضا فى نفسه أو من غير أن تكون أمامه الفرصة الكافية لرؤية محل العقد وقد قبله علي وصفه، وقد يكون الوصف غير منطبق على المحل، وقد يكون فى العقد من الغبن والخديعة ما يخرج عن حقيقته، وقد يريد أن يستشير غيره ممن له خبرة. فشرع الخيار ليتأكد الرضا بالعقد، وقد لاحظ الشارع طبيعة العقد، وما ينتج الخيار من جعل العقد غير مجزوم به فجعله فى العقود اللازمة التى تقبل الفسخ باتفاق طرفى العقد، والخيارات كثيرة^(١) وستكلم عن خيار الشرط والتعيين.

(١) الخيارات فى الفقه الإسلامى كثيرة تناول منها بشئ من التفصيل خيار التعيين والشرط والرؤية والغيب، وهناك غيرها:

- ١ - خيار الكفاءة فى الزواج.
- ٢ - خيار الإقامة إذا كان الولى الذى روج المجنون أو المجنونة أو المعتوه أو المعتوهة غير الأب والجد فإنه عند الإفاقة من هذا العارض يكون له أو لها حق الفسخ ولو كان الزواج بمهر المثل.
- ٣ - خيار البلوغ إذا بلغ الصغير وكان قد روجه غير الأب والجد فمن حقه أو حقها فسخ العقد عند أبى حنيفة ومحمد وهو قول ابن عمر وأبى هريرة لأن التزويج صدر ممن هو قاصر الشفقة بالنسبة إلى الأب فيثبت لهما خيار إذا ملكا أمر نفسيهما بالبلوغ. وهو يبطل بالسكوت فى جانبها إذا كانت بكراً إذ الرضا يتم بسكوتها شرعاً، أما إذا بلغت ثيباً فلا يبطل خيارها بالسكوت كما لا يبطل خيار الغلام به فإن لم تعلم بالنكاح وقت البلوغ كان الجهل عذراً لحفاء الدليل إذ الولى مستند بالإنكاح، وإن علمت بالنكاح ولم تعلم بأن لها حق الخيار لا يعتبر الجهل هنا لأن دليل العلم بالخيار فى حقها مشهور غير مستور، ويقول صاحب كشف الأسرار نقلاً عن شمس الأئمة «خيار البلوغ أمر ظاهر يعرفه كل واحد حتى ظن بعض الناس أنه يشترط فى إنكاح الأب أما بالنسبة للأمة فجعلها بأن خيار الاعتاق يعتبر عذراً لأنها لا تشترط لمعرفة أحكام الشرع... إلخ.

وبيان هذا فى دراسة الأحوال الشخصية.

- ٤ - وخيار القبول هو ما يشتهه الأحناف للعاقدة الآخر إذا ما صدر من الأول الإيجاب فإن للآخر حق أن يقبل هذا الإيجاب فيتم العقد أو يرفض ما دام مجلس العقد لم يتغير وهذا فى الواقع شئ من التجوز لأن العقد لم يتم حتى يعتبر هذا خياراً بمعنى فسخ العقد وقد كان الأولى أن يسمى خيار الرجوع إذ الأحناف يرون الإيجاب غير ملزم لصاحبه قبل القبول ومن حقه الرجوع عن التزامه.

٥ - خيار المجلس وقد سبق بيان شئ عنه وأنه مذهب الشافعى وأحمد.

- ٦ - خيار الغبن الفاحش وهو أن يثبت للمغبون حق فسخ العقد أو إمضائه.

أولاً - خيار الشرط

تعريفه والعقود التي يشترط فيها،

هو أن يكون لأحد المتعاقدين أو لهما معاً، أو لمن ينبيه كل منهما الحق في إجازة العقد أو فسخه باشتراط ذلك في العقد؛ لذلك سمي خيار الشرط إذ لا يكون إلا باشتراطه في العقد صراحة بأي لفظ يدل على عدم الالتزام بالعقد مدة معينة فيقول البائع بعت على أن يكون لي الخيار أو إن رضى فلان، أو يقول ذلك

٧ - خيار النقد، أن يشترط البائع على المشتري إذا لم يدفع له الثمن في ظرف ثلاثة أيام فسد العقد إذا بقي المبيع على حاله لم يتغير، ويثبت هذا الشرط للبائع أيضاً كان يتبايعا ويدفع المشتري الثمن ويجعل للبائع الخيار في رد الثمن في مدة معينة فيقول له إن رددت الثمن في هذه المدة فلا بيع بيتنا، وهذا الخيار جار استحساناً ومنعه زفر وهو في الواقع نوع من خيار الشرط إذ يثبت بالشرط ويأخذ حكمه فلا يورث ومدته كمدته.

٨ - خيار الاستحقاق ويثبت للمشتري إذا استحق بعض المبيع فيحق له أن يرد الباقي أو يأخذ بحصته.

٩ - خيار التفرير الفعلي إذا فعل البائع في المبيع شيئاً يغش به البائع ليجعله مرغوباً له.

١٠ - كشف الحقيقة أن يقول البائع للمشتري بعتك السلعة بما في يدك أو بما في حافضتك له خيار الفسخ بعد كشف الحقيقة.

١١ - الخيار عند ظهور الخيانة في بيع المراجعة والتولية والرضيعة: أن يدعى البائع أنه كان اشترى المبيع بمائة جنيه فيتفق المشتري أن يربحه عشرة جنيهات فوق المائة ثم يظهر أن البائع كان اشترى المبيع بأقل من مائة.

١٢ - خيار فوات الوصف المرغوب فيه.

١٣ - خيار تفريق الصفة بهلاك بعض المبيع في يد البائع قبل قبضه.

١٤ - خيار صاحب الشأن عندما يعرض عليه الفضولي العقد، ومنه خيار الولي والوصي في إجازة عقد الصبي المميز المتردد بين النفع والضرر.

١٥ - الخيار عند ظهور أن البيع مرهون أو مستأجر.

١٦ - خيار الكمية إذا باع مكيلاً أو موزوناً بشيء غير معلوم القدر.

١٧ - خيار العتق: وهو أن يكون للزوجة حق الفسخ إذا كانت أمة فزوجها مولاهاً ثم أصتقت فالعتق يجعل لها حق الفسخ وهو يمتد إلى آخر المجلس لأنه ثابت بتخير الشارع فيكون كالثابت بتخير الزوج فإن لم تعلم بالاعتاق أو علمت به ولكن لم تعلم بثبوت الخيار لها شرعاً كان الجهل عذراً حتى كان لها الحق في مجلس العلم بعد ذلك كما يقول صاحب كشف الاسرار ج ٤ ص ١٤٦٩، راجع في هذا جميعه ابن عابدين ج ٤ ص ٤٩ - ٥٠.

المشتري أو يشترط أحدهما ذلك لآخر له خبرة في موضوع التعاقد أو صاحب شأن بأن كان العاقد وكيلًا أو فضوليًا، فإن العقد يصبح غير لارم بالنسبة لمن شرط له الخيار.

وهذا الشرط يكون مصاحباً للعقد، لا قبله. ويصح إلحاقه به بفترة طال أو قصرت ما دام يقبله الآخر^(١) خلافاً للشافعي وأحمد بن حنبل. وهو شرط صحيح برغم مخالفته لمقتضى العقد لقول الرسول لأحد الأنصار^(٢) وكسان يغبن في المبيعات: «إذا بايعت فقل لا خلافة، ولي الخيار ثلاثة أيام». أى لا خداع.

فخيار الشرط شرع في الواقع لحماية المتعاقد من التزامه بعقد يكون الرضا فيه موفوراً والرغبة فيه لم تتأكد إذ قد يرى المتعاقدان أو أحدهما أن العقد فيه مصلحة، ولكن تنقصهما الخبرة فيخشيان أو يخشى أحدهما ضياع الفرصة فيقدمان على العقد على أن يكون لهما أو لأحدهما أو لأجنبي حق فسخ العقد أو إمضائه، والآخر الذي يترتب على خيار الشرط هو أن يصير العقد غير لارم بالنسبة لمن كان الشرط له^(٣). وخيار الشرط يدخل على العقود التي تقبل الفسخ باتفاق المتعاقدين^(٤)، كالبيع والإجارة والمزارعة والوصية والكفالة والحسالة وغيرها، ولا يدخل في الوكالة والهبه بغير عوض^(٥) ولا في الطلاق المجرد^(٦).

(١) راجع ابن عابدين ج ٤ ص ١٣٣ والمغني ج ٣ ص ٥٧٩، فتح القدير ج ٥ ص ١١١ حيث يقول الكمال «يجوز إلحاق خيار الشرط بالبيع لو قال أحدهما بعد ولو بأيام جعلتك بالخيار ثلاثة أيام صح ما دام الثاني قد قبل ذلك لأن للمتعاقدين حق الفسخ من غير خيار إذا ارتضيا الفسخ، فكان لهما حق إلحاق الخيار بعد المجلس كما كان لهما في مجلس العقد، وخالف في ذلك أحمد بن حنبل والشافعي.

(٢) هو حبان بن منقذ الأنصاري وكان قد أصيب بضربة سيف أصابت رأسه فشغل بذلك نطقه وضعف إدراكه وتمييزه وأصبح يغبن في عقودهم لذلك. وروى الحديث برواية أخرى «إذا بايعت فقل لا خلافة ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليالٍ».

(٣) راجع كشف الأسرار على البيهقي ج ٤ ص ١٤٧ وما بعدها.

(٤) بشرط أن لا يتوقف تمامها على القبض كالسلم والصرف لأن اشتراط الخيار يتنافى مع القبض.

(٥) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٢٥ - ٥٣، المغني ج ٣ ص ٥٩٤.

(٦) غير أنه يدخل في الخلع جانب الزوجة فقط لأنه يعتبر بالنسبة لها معاوضة على رأى الإمام أبي حنيفة وهو الراجح وما دام هو معاوضة بالنسبة لها كان من حقها أن ترجع في إيجابها قبل اتصال القبول به، وأن تشترط لنفسها خيار الشرط، راجع للمؤلف الفقه الإسلامي في الزواج والفرقة وآثارهما ص ١٩٤ وما بعدها.

لمن يثبت خيار الشط، يثبت لمن اشترط له من المتعاقدين أحدهما أو كلاهما لنفسه أو لغيره، لأن حكمة مشروعيته تقتضى ذلك، ولأن اشتراطه للغير اشتراط لنفسه إذ يجعل غيره وكيلا عنه ولذا لم يسقط حق العاقد نفسه فى الخيار، وخالف فى جوار اشتراط ذلك لأجنبى زفر^(١)، وإذا اشتراط أحدهما الخيار لأجنبى عن العقد، فالأحناف عدا زفر يرون أن حق المشترط نفسه لا يسقط فى الخيار^(٢).

مدة خيار الشط، يجوز اشتراطه لمدة ثلاثة أيام فأقل باتفاق الفقهاء لورود النص بها، أما إذا اشترط لأكثر من ذلك فأبو حنيفة وزفر والشافعى لا يعجزونه ويرون العقد معه فاسداً^(٣)، لأنه استثناء فيقتصر فيه على موضع النص ويعجزه

(١) وعلى لذلك بأن خيار الشرط من حقوق العقد، وهى تثبت للعاقد واشتراطهما ذلك لغيره مفسد للعقد، ولأن هذا الشرط يتعلق بانفساخ العقد وإبرامه. وينبغى أن لا يكون ذلك بفعل الغير. راجع المبسوط ج ١٣ ص ٤٧ - ٤٩، البدائع ج ٥ ص ٢٧١، الزيلعى ج ٤ ص ١٩ - ٢٠، الفتح والعناية ج ٥ ص ١٢٦ - ١٢٧، المغنى ج ٣ ص ٥٨٧.

(٢) وإذا اتفقا على الفسخ أو الإجارة فالأمر ظاهر، وإن اختلفا فصاحب العبارة الأولى مقدم، لأن العبارة الأولى تأتى فتجعل العقد إما لارماً بالإجارة وإما منفسخاً بالرفض فلا تجزى العبارة الثانية محلاً، وإذا افترضنا ما قاله الفقهاء من احتمال أن يصدر منهما نقض وإجارة فى وقت واحد فيفسخ أحدهما ويعجز الآخر، فإنى أميل ما روى من أن رأى الأصل مقدم وأحق بالاعتبار، لأنه هو الأصل، والنائب إنما يستمد منه السلطان. وفى الزيلعى ج ٤ ص ١٩. ٢٠ «لو شرط المشترى الخيار لغيره صح، وأيهما أجاز أو نقض صح فإن أجاز أحدهما ونقض فالأسبق أحق، وإن كانا معا فى وقت واحد كان الفسخ أولى من الإجارة، وفى رواية أخرى تصرف المالك أولى، فسخاً كان أو إجارة لأن الأصل أقوى إذ النائب يستفيد الولاية منه فلا يصح أن يكون معارضاً للأصل، ولأنه لما أقدم على التصرف كان عزلاً منه بالفعل حكماً».

(٣) لأن خيار الشرط جاء على خلاف القياس، والأصل فيه الفساد لأنه يناقض مقتضى العقد فيقتصر فيه على ما ورد به النص وهو ثلاثة أيام، أما إذا حددنا مدة أربعة أيام فاجاز من له الخيار العقد قبل نهاية اليوم الثالث، فيرى أبو حنيفة أن العقد يبقى صحيحاً لارتفاع المفسد قبل تقريره، ويرى زفر أن العقد نشأ فاسداً من الأصل فلا ينقلب جائزاً، راجع المبسوط ج ٣ ص ٣٤١، والفتح ج ٥ ص ١١٠ - ١١٣، والزيلعى ج ٤ ص ١٤ - ١٥، والمغنى ج ٣ ص ٥٧٩ - ٥٩٠.

الصاحبان وابن حنبل بأى مدة يتراضيان عليها ما دامت معلومة محددة^(١)، أما الإمام مالك فقد اعتبر الأصل ثلاثة أيام وينظر بعد ذلك فى المدة إلى ملاءمتها مع المعقود عليه.

حكم العقد فى مدة الخيار، الفقهاء جميعاً^(٢) إلا رواية عن أحمد والشافعى متفقون على أن الحكم يتخلف عن العقد بالنسبة لمن اشترط الخيار له^(٣) لأن العقد اللارم غير لازم بالنسبة لمن له خيار الشرط، وبذا يكون الخيار قد جعل العقد اللارم غير لازم، وقد رتب أحكام هذه العقود على أنها لازمة فيتخلف الحكم حتى يصير العقد لازماً، وعلى هذا فهو يشبه العقد المضاف من ناحية انعقاد العقد وتخلف الحكم حتى يأتى الزمن المضاف إليه، أو حتى يسقط الخيار^(٤).

وقد نقل عن أحمد والشافعى فى إحدى روايتين عنهما أن العقد مع وجود الخيار يتصل به حكمه فوراً إذ العقد صحيح نافذ، وكل ما أوجده خيار الشرط من أثر أنه جعل العقد غير لازم مدة الخيار بالنسبة لمن شرط له، ولا يوجد ما يسبب

(١) لأن الخيار شرع للحاجة، وقد يقتضى الاختيار والموازنة والاستشارة وقتاً أكثر من ثلاثة أيام وهذا دليل على أن ظرف المشتري أو موضوع العقد يقتضيه حتى يتم الخيار عن رضا أكيد يرتفع معه الغبن، وقالوا إن المدة التى جاءت فى الحديث كانت خاصة بالشخص المخاطب نفسه، لكفايتها بالنسبة لعقوده.

(٢) راجع فى الموضوع: البدائع ج ٥ ص ٢٦٤ - ٢٦٧، الفتح والعناية ج ٥ ص ١١٥ إلى ص ١٢٠، الزيلعى ج ٤ ص ١١ - ١٧، المغنى ج ٣ ص ٥٧١ - ٥٧٢.

(٣) فإذا كان الخيار للبائع فإن ملكيته للمبيع لا ترتفع، وإن كان الحكم بالنسبة للآخر لازماً ويخرج الثمن من ملكه غير أنه لا يملك التصرف فى المبيع لاحتمال فسخ البائع للعقد، والبائع إذا تصرف فى الثمن يكون قد أجاز البيع بطريق الدلالة وهكذا فى العكس، أما إذا كان الخيار لهما فيختلف الحكم بالنسبة لهما، فالمبيع على ملك بائعه والثمن على ملك المشتري، والعملة فى قولهم إن الحكم يختلف بالنسبة لمن له الخيار، هي أن اشتراط الخيار على عدم تحقق الرضا، من ناحية من له الخيار، والأحكام تتبع العقود إذا تحقق فيها الرضا.

(٤) وإن كان التخلف فى المضاف ناشئاً من الصيغة نفسها إلا أنه فى خيار الشرط من أمر رائد هو الشرط، والحكم فى المضاف لا يكون له أثر رجعى لكنه هنا يظهر من تاريخ الانعقاد.

تأخر الحكم عن العقد فثبتت ملكية المبيع للمشتري والتمن للبائع وإن كانت هذه الملكية على خطر الزوال إذا فسخ العقد من له الخيار^(١).

طريق فسخ وإجازة من له الخيار، والإجازة والفسخ يكونان بما يدل على ذلك صراحة، كأن يقول أجزت العقد أو فسخته إلى غير ذلك، وتصرف البائع الذي له الخيار في المبيع بالرهن أو بالإعارة أو الهبة مع التسليم أو بيعه للغير أو بالزيادة فيه يدل على الفسخ، وانتفاع المشتري بالمبيع أو تصرفه فيه أو طلبه الشفعة بسببه يدل على الإجازة.

وإذا كان الخيار لهما ففسخ أحدهما العقد أصبح خيار الآخر متبهماً لكن إجازة أحدهما لا تسقط حق الآخر في الخيار^(٢)، وإجازة العقد ممن له الخيار لا تتوقف على علم الآخر وإنما يسقط بها نفسها حقه في الخيار، وإن فسخ في مدة الخيار توقف الفسخ على علم الآخر، وإلا فلو مضت المدة من غير علمه بالفسخ لزم العقد عند الإمام ومحمد محافظة على مصلحة الطرف الآخر، فإذا علم الآخر قبل مضي المدة صح الفسخ^(٣).

(١) وتفصيل الكلام عن ملكية العين والتصرفات التي تحدث فيها وما يحدث فيها من زيادة، أو يتبع عنها من ربح في مدة الخيار. راجعه في كتابنا الفقه الإسلامي من ص ٥٤٠ - ٥٤٣.
(٢) الفتح ج ٥ ص ٢٠ إلى ١٢٢، والبدائع ج ٥ ص ٢٧٣، وقد روى عن أبي يوسف عدة روايات.

(٣) وفي كشف الأسرار ج ٤ ص ١٤٧٠ الأصل أن ما فيه إلزام على الغير لا يثبت بدون علمه. قال أبو حنيفة ومحمد في صاحب خيار الشرط مشترياً كان أو بائعاً إذا فسخ بغير علم الآخر إن ذلك الفسخ لا يصح وله أن يرضى بعد ذلك ما لم يعلم الآخر بفسخه في مدة الخيار فإن علم في المدة تم الفسخ وليس له الإجازة بعد علم الآخر بالفسخ وإن لم يعلم بالفسخ حتى مضت المدة بطل الفسخ وتم البيع، وقال أبو يوسف: فسخه جائز من غير توقف على علم الآخر لأن الخيار خالص حقه ويوجب الخيار الفسخ أو الإجازة. ثم الإجازة تتم بغير محضر الآخر وعلمه كما تتم بغير رضاه فكذلك الفسخ بل أولى لأن الخيار لا يشترط للنفاذ إذ النفاذ ثابت بدون الخيار. ولهما أنه بالفسخ يلزم غيره حكماً جديداً لم يكن فلا يثبت حكم تصرفه في حق ذلك الغير ما لم يعلم به كالموكل إذا عزل الوكيل في غيبته فلا يثبت العزل في حقه ما لم يعلم به إذ الخيار وضع في الشرع لاستثناء حكم العقد لعدم الاختيار. أي يمنع حكم العقد عن الثبوت لعدم توافر الرضاء به إذ الخيار داخل في الحكم دون السبب فيؤثر فيه بالمنع ويصبح العقد غير لازم لأن لفوات الاختيار والرضا أثراً في سلب اللزوم عن العقد كما في بيع المكره والهزل. ولا يقال إن الخيار شرع لأجل الفسخ قصداً بغير علم الآخر وإلا لما كان له حق الإجازة...".

وعلى هذا فلو فسخ العقد ثم إجازه قبل علم الآخر بالفسخ صحت الإجازة وبطل الفسخ. ويرى أبو يوسف وزفر والشافعي وأحمد عدم توقف اعتبار الفسخ والنفاذ على علم الآخر^(١)، وأما إذا فسخ دلالة بأن تصرف البائع في المبيع وكان له حق الخيار أو تصرف المشتري في الثمن وكان عيناً وله الخيار. فإنه يعتبر من غير علم اتفاقاً^(٢)، وكذا الإجازة اتفاقاً لأنها إسقاط للخيار، أما الفسخ باللفظ من غير تصرف في الشيء نفسه يدل على الفسخ، فهم يرونه فسخاً للعقد وإسقاطاً للخيار علم أو لم يعلم الآخر خلافاً للطرفين.

مسقطات الخيار:

- ١ - الإجازة أو الفسخ صراحة أو دلالة كما تقدم.
- ٢ - موت من له الخيار عند الاحتاف والحنابلة لأنه مجرد رغبة ومشيشة والرغبات لا تورث عندهم. خلافاً لمالك والشافعي فإن هذا الحق يورث عندهم ولا يسقط بموت صاحبه.
- ٣ - انتهاء المدة من غير إبداء رأى مسقط للخيار وملزم للعقد.
- ٤ - تعيب محل العقد أو هلاكه أو الزيادة فيه. إلا إذا كانت زيادة منفصلة غير متولدة من محل العقد كالأجرة مثلاً فإنها لا تسقط الخيار، وإذا فسخ العقد لزم رد الأصل والزيادة منعاً لشبهة الربا.

ثانياً - خيار التعيين

موقف الفقهاء منه: وهو أن يشتري أحد الشئيين أو الثلاثة على أن يعين أيها شاء، فإذا ذهبت إلى بائع الساعات أو الحلوى أو غيرهما وأعجبك نوع مما

(١) وفي ج ٤ ص ٤٧١ من كشف الأسرار: «فحاصل الخلاف بينهم أن أبا يوسف يقول إن الخيار وإن شابه الاستثناء لكن لا بد من مساعدة صاحبه في ثبوت الشرط فأشبهه التسليط وهما نظرا إلى الحقيقة فقالا لما كان الخيار استثناء وهو منع الثبوت، وذلك غير ثابت بمعنى من الآخر كان حق الفسخ مسنداً إلى تسليط الآخر فشابه عزل الوكيل.

(٢) المراجع السابقة.

عرضه للبيع وعرفت لكل واحد ثمنه، وأردت أن تعرضها على شخص آخر له خبرة ليفضل لك إحداها وتخشى ضياع الفرصة لو لم تتعاقد فيرتفع السعر أو يبتاعها الغير أو يعدل البائع عن بيعه فتعاقدت معه على شراء واحد منها غير معين بثمنه على أن يكون لك خيار التعيين، فإذا اخترت أحدها تعين البيع فيه وأصبح لازماً وانتهى الخيار.

وهذا الخيار محل خلاف بين الفقهاء فيمنع الأخذ به الشافعية والحنابلة وزفر لمخالفته للقياس لجهالة العين المعقود عليها. لكن الإمام وصاحبه يجيزون خيار التعيين مع مخالفته القياس حقيقة إلا أنهم يرون أن الاستحسان يقتضيه^(١)، لأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأوفق والأرق، والحاجة إليه متحققة إذ قد يشتري المرء ويحتاج إلى رأى غير رأيه فى اختيار الصنف أو اللون مما يتيسر له إجباره على الحضور عند البائع، والبائع فى كل هذا لا يمكنه من حمل السلعة وأخذها خارج محله إلا بالشراء، فكان خيار التعيين ضرورياً، والجهالة فيه لا تفضى إلى النزاع لتعيين الثمن فى كل وتفويض المشتري فى الاختيار فأشبه خيار الشرط الذى ورد النص بمشروعيته، والجهالة إنما تفسد العقد إذا أنضت إلى المنازعة، ولعل مثل هذا متعارف متداول بين الناس، وقواعد الوكالة تقضى بجواز اشتراطه للغير، ولما كان خيار التعيين جاء على خلاف القياس فإن الأخذ به قصره على العقود الناقلة للملكية كالبيع^(٢)، وما فى حكمه من الهبة باشتراط العوض والقسمة للضرورة فيها دون غيرها.

(١) راجع فى هذا الزيلعى ج ٤ ص ٣١ والهامش أيضاً، الدرر الحكام فى شرح غرر الأحكام للاخسرو ج ٢ ص ١٥٣ - ١٥٤، شرح الكثر للعنى ج ٢ ص ١١، المبسوط ج ١٣ ص ٥٥، الهداية ج ٣ ص ٥، الفتح ج ٥ ص ١٣٠، البدائع ج ٦ ص ٢٦١ - ٢٦٣، رد المختار ج ٤ ص ٦٤.

(٢) ويمكن أن يكون أيضاً فى عقود الإجارة لأنها تملك منافع فيقول المؤجر مثلاً للمستأجر أجرت لك إحدى هذه المساكن الثلاثة ويعين لكل منها أجراً فيقبل المستأجر على أن يعين واحدة منها والتفاوت فيها متحقق لأنها تختلف، فالطابق الأول يختلف عن الثانى قريباً وبعداً واتساعاً وضيقاً ومن ناحية الضوء هذا إذا لم تختلف وجهاتها ومساحاتها وهكذا فى غيرها.

والذين يجيزون خيار التعيين قصروه على المشتري ومن حكمه، وقالوا إنه لا يثبت للبائع ومن فى حكمه إذ العين كانت فى يده. غير أن الفقيه الكرخى أجاره للبائع أيضاً وهو ما أميل إليه^(١).

بقى أن نقول إن خيار التعيين لا يمكن أن يثبت لهما معاً فى صفقة واحدة وإلا حدث التناقض.

ما يشترط لصحة خيار التعيين،

١ - يشترط أن يكون التخيير بين ثلاثة أشياء أو اثنين فيفسد العقد إذا رادت السلع عن ثلاث لأنها فيها الجدد والردئ والمتوسط.

٢ - أن تكون السلع التى يتعين بينها الخيار متفاوتة ليكون الاختيار مفيداً. وأن تكون متعينة ومحددات ثمنها، لمنع الجهالة المفسدة للعقد والمفضية إلى المنازعة، ولأن العقد إنما ينعقد على واحد منها غير معين فيجب أن يعرف الثمن ويتعين لهذا^(٢).

٣ - أن تكون مدة الخيار محدودة معلومة كى يتبين كل واحد منهما موقفه بعدها^(٣).

هل العقد لازم مع خيار التعيين أم لا، اتجه كثير من فقهاء الأحناف^(٤)

إلى أن خيار التعيين يكون متضمناً خيار الشرط فيصح أن يفسخ العقد، فلا يترتب

(١) لأن ما أجيز للمشتري من أجله يصح أن يتوافر له، فلو فرضنا شخصاً يملك سيارتين فعرض عليه من له خبرة فيها أن يبيعه إحداهما وحدد لكل ثمناً، وكان هو فى حاجة إلى التخلص من إحداهما ورغب أن يعرض الأمر على من له خبرة فقبل البيع على أن يكون له خيار التعيين.

(٢) وفى الكثر «ولو باع عبيد على أنه بالخيار فى أحدهما إن فصل وعين صح وإلا لا».

(٣) وحددها الإمام بثلاثة أيام، وأطلقها الصاحبان إلى الوقت الذى يتفقان عليه، واكتفيا بشرط أن يكون الوقت معلوماً محدداً متفقاً عليه قل أم كثر.

(٤) منهم صاحب الهداية وصاحب الفتح ج ٤ ص ١٣١. وكذا الزيلعى والكاسانى حيث قالوا «إن خيار التعيين فيه معنى خيار الشرط فيكون العقد معه غير لازم وللمشتري أن يرد الجميع لأن خيار التعيين يمنع لزوم العقد كخيار العيب وخيار الرؤية فيمنع لزوم الملك فكان محتملاً للفسخ، وهذا لأن جوار هذا النوع من البيع إنما يثبت بتعامل الناس لحاجتهم إلى ذلك ولا تنعدم حاجتهم إلا بعد اللزوم لأنه عسى ألا يوافقه شيء منها فيحتاج إلى ردها».

عليه أى حكم، كما يصح له الالتزام بالعقد فى إحداهما، واتجه بعضهم إلى أنه يكون غير متضمن خيار الشرط إلا إذا اشترط معه، ويرون العقد ملزماً فى واحد منها غير معين وليس من حق من له خيار التعيين فقط أن يرد الجميع.

وإنما نميل إلى أن العقد لازم مع خيار التعيين فى إحدى السلعتين إذا لم يكن له خيار الشرط، ولم يوجد سبب آخر يقتضى الفسخ، لأن العقد ما تم على أن يكون له حق الفسخ، وإنما تم على أن يكون له حق اختيار أحدهما فقط، فالعقد لازم بالنسبة لواحد غير معين، وعلى من له الخيار التعيين^(١).

هذا ومن له خيار التعيين ليس له أن يشتري الجميع بنفس الصيغة، لأن الإيجاب والقبول إنما صدرا على بيع عين واحدة مترددة بينهما، والمبيع فى الحقيقة أحدهما والآخر أمانة. ولذلك لو هلك أحدهما بعد القبض تعين فيه البيع لاستحالة الرد، ولو هلكا معاً لزمه نصف ثمنهما معاً لشيوع البيع والأمانة فيهما. أما إذا احتجز السلعتين بالثمن وقبل البائع فهو عقد جديد بقبول جديد.

مبطلات خيار التهيين وموت له الخيار، يبطل خيار التعيين إما بالاختيار صراحة أو دلالة، وقد يبطل ضرورة كان يهلك أحدهما بعد القبض فيستعين البيع فيه. ويموت من له هذا الحق قبل التعيين ثبت للورثة هذا الحق ابتداء، لأن إحدى السلعتين موروثه لهم باعتبار أن البيع لازم ثابتاً لهم بطريق الميراث، لأن قاعدة الاحناف أن المحسوق المحضة لا تورث لأنها مجرد رغبة ومشية، وإنما ثبت هذا للورثة ابتداء لتعيين ملكهم من ملك غيرهم. حتى على رأى من يرى من الفقهاء أن خيار التعيين يلزم أن يكون متضمناً خيار الشرط إذ بالموت سقط حقه فى الخيار، وبقي للورثة ملك ثابت فى شيء مما كان لمورثهم التعيين فيه فلزمهم التعيين لتمييز ملكهم من ملك الغير.

(١) يعضد هذا ما قاله صاحب الهداية «ولو هلك أحدهما أو تعيب لزمه البيع فيه بشمونه وتعين الآخر للأمانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا معاً يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والأمانة فيهما. ولو كان فيه خيار الشرط له أن يردعهما جميعاً».



المبطل الثالث

الخيارات التي تراعى دون اشتراط

أولاً - خيار الرؤية^(١) :

رؤية محل العقد ترفع الجهالة وتحقق الرضا: اتفق الفقهاء على أنه يشترط تعيين محل العقد عند التعاقد، فلا يصح بيع المجهول جهالة تفضى إلى التنازع والشقاق، والتعيين يتم إما برؤية محل العقد وقت التعاقد أو قبله بوقت لا يحتمل معه التغير أو برؤية شيء منه، وقد أجاز الأحناف بيع المتعين الغائب عن مجلس العقد لأن الضرورة قد تستلزم ذلك. ولما كان في عدم رؤية محل العقد عند التعاقد ما يخل بالرضا وينقص منه، إذ قد تنتفى الرغبة فيه عند رؤيته، أو يظهر منه أنه غير ما يرغب فيه ويقصده، فشرع خيار الرؤية.

خيار الرؤية وآراء الفقهاء فيه: خيار الرؤية أن يكون لأحد المتعاقدين الحق في فسخ العقد أو إجارته عند رؤية محله. إذا لم تسبق رؤيته وقت إنشاء العقد أو قبله، سواء أكان محل العقد قد تعين بالوصف أم لم يتعين جيداً به، إذ الوصف مهما كان دقيقاً نافياً للجهالة فلا يصل إلى درجة الرؤية المحققة للمعرفة والتي يتم بها ويكمل معها الرضا وترتفع الجهالة المفضية إلى الضرر.

فشرع خيار الرؤية كي لا يلحق الآخر الضرر ومنعاً للغبن، والأحكام لم تشرع إلا لمصالح العباد^(٢).

والأحناف هم الذين أجازوا خيار الرؤية، ومنعه غيرهم في بعض الروايات عنهم^(٣)، وكان هذا الاختلاف تبعاً لاختلافهم في إجازة التعاقد على الأشياء المعينة

(١) راجع في هذا البدائع ج ٥ ص ٢٩٢ - ٢٩٩، الزيلعي ج ٤ ص ٢٠ - ٣٠، الفتح ج ٥ ص ١٢٧ إلى ١٥١، رد المختار ج ٤ ص ٦٩.

(٢) الفتح ج ٥ ص ١٣٨.

(٣) الزيلعي ج ٤ ص ٢٤ و ٢٥، الفتح ج ٥ ص ١٣٧ - ١٣٨، وقد أشارت كتب الأحناف المذكورة إلى رأى الشافعي في مذهبه الجسديد، ومع ذلك كان مع الأحناف في مذهبه القديم، والمالكية والحنابلة لهم روايات أخرى في هذا الموضوع.

بأوصافها. فالأحناف يجيزون هذا النوع من التعاقد ما دام قد تمين محل العقد بما يرفع الجهالة، وأما جمهور الفقهاء فى بعض الروايات عنهم على منع ذلك والقول بعدم صحة العقد على الأشياء المعلومة الغائبة، لما روى أن الرسول قال: «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك» وفسروا هذا بأنه نهى عند بيع ما ليس بحاضر عن التعاقد مريئاً للمشتري، وقالوا إن المعقود عليه يجب أن يكون معلوماً بذاته وصفاته، والأعيان لا تتم معرفتها إلا بالمشاهدة النافية للجهالة، وإلا لترتب على ذلك جهالة تفضى إلى المنازعة. وفى هذا غرر نهى عنه النبى صلى الله عليه وسلم. وبناء على هذا فلا محل للعقد للقول بخيار الرؤية^(١).

ونستطيع أن نقول رداً على غير الأحناف إن المقصود فى الحديث هو النهى عن بيع ما ليس فى مقدور الإنسان تسليمه ولو حكماً عند التعاقد. وإظهار الحكم فى محل معين بذاته تعييناً يرفع الجهالة المفضية إلى التنازع، ويؤيد هذه الوجهة ما روى أن حكيماً بن حزام قال يا رسول الله: إن الرجل يطلب منى سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأستجديها فأشتريها فأسلمها إليه. فقال صلى الله عليه وسلم: «لا تبع ما ليس عندك» فالنهي هنا - أرى - أنه ينصب على المعنى الذى سبق، إذ فى عدم تحققه احتمال النزاع بين المتعاقدين ووجود الضرر، وإن كانت كتب الأحناف تنص على أن النهى ينصب على بيع ما ليس فى ملك الإنسان^(٢).

(١) وفى المغنى ج ٣ ص ٥٨٠ «وفى بيع الغائب روايتان أظهرهما أن الغائب الذى لم يوصف ولم تتقدم رؤيته لا يصح بيعه، وبهذا قال الشعبى والنخعى والحسن والأوزاعى ومالك وإسحاق وهو أحد قولى الشافعى... وهل يثبت للمشتري خيار الرؤية؟ على روايتين أشهرهما ثبوته وهو قول أبى حنيفة. ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ولأنه ابتاع ما لم يره ولم يوصف له فلم يصح. وفى الرواية التى فيها الأخذ بخيار الرؤية فيكون للمشتري الخيار عند الرؤية على الفور، وقيل فى مجلس الرؤية لأنه ثبت بمقتضى الشرع والعقد معه غير لازم فى حقه.

(٢) وفى العناية والفتح ج ٥ ص ١٣٨ وسائر كتب الأحناف أن المراد بنهى الرسول عن بيع ما ليس عند الإنسان هو النهى عن بيع ما ليس فى ملكه واستدلوا بحادثة حكيم بن حزام لكن إذا لاحظنا أن كون المعاقدين مالكا لمحل العقد لا يرى الأحناف أنه شرط لصحة العقد وإنما هو شرط لنفاذه، =

طريق ثبوته وطليله، هذا الحق يثبت من الشارع من غير حاجة إلى اشتراط ذلك فى العقد، بل ويثبت مع النص على نفيه، فلا يمكن التنازل عنه لأنه شرط أوجبه الشرع، وجعله من تمام العقد، وفى اشتراط نفيه مخالفة لما جاء به الشرع.

ونستطيع أن نأخذ من الإجماع السكوتى الذى تم فى منازعة عثمان وطلحة^(١)، دليلاً على جواز التعاقد على الشيء قبل رؤيته، ولو كان باطلاً لما أقدمنا عليه، ومع هذا فهناك حديث صحت روايته عند الأحناف وهو «من اشترى ما لم ير فله الخيار إذا رأى إن شاء أخذه وإن شاء تركه» فهو صريح فى جواز الشراء من غير رؤية المعقود عليه، وصريح فى أن العقد معه يكون غير لازم^(٢).

لمن يثبت لهذا الحق وما يثبت فيه: يثبت هذا الحق للمملك «المشتري والمستأجر ومن فى حكمهما»، ويثبت للملك «البائع والمؤجر ومن فى حكمهما»^(٣).

- ولذا قالوا إن عقد الفضولى صحيح موقوف؛ وإذا لاحظنا أن حكيمنا هذا لما باع إحدى الشاتين اللتين اشتراهما للرسول من غير أن يكون الرسول قد أذنه بهذا وأن الرسول أجاز تصرفه مع أنه فضولى فيه، بل ودعا له بالبركة. ولو كان بيع ما ليس فى ملك الإنسان منهيّاً عنه لما أجازهُ الرسول بل ولما دعا له بالبركة. فإذا لاحظنا كل هذا أمكن أن نقول إن تأويل فقهاء الأحناف للحديث بالنهى عن بيع ما ليس فى ملكه لا يستقيم ظاهره مع تمهيزهم عقد الفضولى، وتأويل غير الأحناف له بالنهى عن بيع غير الحاضر المرئى لا يستقيم أيضاً لتعارضه مع حديث خيار الرؤية، أما التعليل الذى سقناه فهو مستقيم.

(١) وخلاصتها أن عثمان باع أرضاً له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله. فقبل لطلحة إنك قد غبت فقال: لى الخيار لأنى اشتريت ما لم أره، وقيل لعثمان إنك غبت فقال لى الخيار لأنى بعته ما لم أره. فحكما بينهما جبير بن مطعم فقتضى بأن الخيار لطلحة، ومثل هذا النزاع الذى بين رأسين كبيرين من الصحابة لا بد من أن يذاع أمره، ومع هذا فلم يرد عن أحد معارضته فكان إجماعاً سكوتياً.

(٢) وفى هذا دليل أيضاً على صحة ما سقناه فى معارضتنا لما قاله الشافعية من أن المقصود النهى عن بيع ما لم يكن حاضراً مرئياً وإلا لما باع عثمان بن عفان - أحد خلفاء الراشدين - ما لم يره. ولما اشترى طلحة ما لم يره.

(٣) وقد كان الإمام أبو حنيفة يثبت للبائع أيضاً. ثم عدل عنه راجع ذلك وأدلة الراى المعدول عنه فى الهداية ج ٣ ص ٣٦، الفتح والعناية عليه ج ٥ ص ٤٠ والزيلعى ج ٥ ص ٢٥.

لما أشرنا إليه في المناقشة التي كانت بين عثمان بن عفان وطلحة. ولأن البائع عادة يكون محل العقد في حوزته ويكون قد عرفه وتثبت منه^(١).

ومع هذا فإن كان الثمن سلعة تتعين بالتعيين كأن تباع أرضاً زراعية بأرض بناء وما عليها من دور، أو تباع سيارة بفرس إلى غير ذلك من تبادل السلع، الذي أطلق عليه مقايضة، فإن خيار الرؤية يثبت للمتعاقدين معاً إذ كل منهما يعتبر بائعاً ومشترياً^(٢).

شروط ثبوت هذا الحق وما تتحقق به الرؤية: ويشترط لثبوت خيار الرؤية أن يكون محل العقد فيها مما يتعين وأن تتحقق عدم رؤيته وقت العقد أو قبله^(٣). وتتحقق الرؤية بمجرد الإبصار فيما تتحقق معرفته التامة بالإبصار إذا كان مبصراً، وبالوصف الدقيق إذا كان غير مبصر. أما ما لا تتحقق معرفته لمجرد

(١) راجع المصادر السابقة في مناقشة الأدلة.

(٢) وبالإستقراء وجد أن أربعة عقود هي التي يمكن أن يثبت فيها خيار الرؤية: عقد الشراء ما دام محل العقد مما يتعين بالتعيين كالأعيان التي تباع عقاراً كانت أو منقولاً من القيميات أو المنليات المشار إليها والمعينة بذاتها، وكذا في عقود الإجارة وعقود قسمة القيميات والصلح عن دعوى المال بشئ يتعين بالتعيين. فمن اشترى شيئاً من الأعيان المالية كدار أو فرس أو سيارة أو قمشة أو أى سلعة من عروض التجارة، ومن استأجر شيئاً كأرض للزراعة أو دار للسكنى أو دابة للركوب إلى غير ذلك، ومن اقتسم مع شريكه العقار أو عروض التجارة، ومن ادعى عليه غيره مبلغاً من المال فصالحه المدعى عليه وأعطاه نظير دعواه داراً أو أرضاً أو سيارة أو غير ذلك مما يتعين بالتعيين وكان المشتري والمستأجر والشريك المقاسم والمدعى والمصالح لم يروا محل العقد، فإن من حق كل منهم أن يفسخ العقد عند رؤية المعقود عليه. وإذا كان الثمن أو الأجرة عيناً تتعين فإن خيار الرؤية للطرف الآخر أيضاً إن كان لم يره كما قلنا. وفي البدائع ج ٥ ص ٩٣ «لو تبايعا عيناً بعين يثبت لكل واحد حق الخيار، ولو تبايعا ديناً بدين لا يثبت الخيار لواحد منهما، ولو اشترى عيناً بدين فللمشتري الخيار ولا خيار للبائع. «والأصل أن كل ما يفسخ العقد فيه برده يثبت فيه خيار الرؤية وما لا فلا. وعلى هذا يثبت خيار الرؤية في المهر وبديل الخلع والصلح عن دم العمد لأنها لا تختمل الفسخ».

(٣) فإذا كان محل العقد مرثياً له حاضراً وقت العقد وتحققت المعرفة، أو كان قد رأى محل العقد قبل التعاقد وما زال باقياً على حاله لم يتغير عن وقت رؤيته التي حدثت قبل التعاقد فإن حق الخيار قائم.

الإبصار ولا بد لكمال معرفته من لمسه أو شمه أو ذوقه فإن رؤيته لا تتحقق إلا بذلك ولا عبرة بمجرد الإبصار هنا، والمبصر والكفيف في هذا سواء فلماذا كانت رؤية البعض تغني عن الكل تحققت الرؤية بذلك^(١).

وقد تكلم الفقهاء كثيراً في هذا وبنوا أن المعتبر في رؤية كل شيء يختلف عن غيره حسب الحاجة إليه واستعماله^(٢).

ورؤية الوكيل تغني عن رؤية موكله، ويسقط معها خيار الرؤية ويصير لازماً بالنسبة للموكل^(٣).

أثره في العقد: ومن له خيار الرؤية يملك بنص الحديث أن يجيز العقد كما له أن يفسخ العقد دون توقف على موافقة الآخر أو قضاء القاضي، ولذا فالعقد وإن كان لازماً بطبيعته لكنه بالنسبة لمن له الخيار غير لازم فيملك أن يفسخه ولو قبل الرؤية كما يرى البعض، إذ سبب عدم اللزوم هو عدم الرؤية، ورجحه صاحب البدائع، وقيل ليس له هذا الحق لأنه لا يثبت إلا عند الرؤية^(٤).

(١) كالكيل والورن والمعدود المتقارب على الرأي الراجح، فالحبوب والزيت وما شابه ذلك والليمون والبيض وأمثالها تغني رؤية البعض فيها عن رؤية الجميع، وإلا فلماذا كانت رؤية البعض لا تغني عن رؤية الكل، كروية قائم بعض الدار، أو رؤية قطعة من اثاث حجرة دون رؤية باقي القطع، أو ما شابه ذلك، فإن خيار الرؤية قائم وثابت فلا يسقط برؤية هذا الجزء.

(٢) الفتح ج ٥ ص ١٤٢، البدائع ج ٥ ص ٩٣، الزيلعي ج ٤ ص ٢٤.

(٣) أما إذا كان وكيلًا بالقبض فقط فالصاحبان يريان أن حق الأصيل في خيار الرؤية ثابت لا يسقط برؤية الوكيل في القبض؛ لأنه وكيل بالقبض فقط، ولم يكن وكيلًا في إسقاط الخيار. والإمام أبو حنيفة يرى أن الوكيل بالقبض رؤيته كروية الموكل تماماً فيسقط خيار الرؤية لأنه وكيل بقبض تام. والوكيل بالشئ وكيل باتمامه. وتمام القبض يكون بإسقاط الخيار لأن خيار الرؤية يمنع تمام القبض. راجع البدائع ج ٥ ص ١٩٥ - ٢٩٦.

(٤) يثبت هذا الحق وقت الرؤية لا قبلها. فإذا أجاز العقد من غير أن يرى محله ورضى به صراحة بأن قال أجزت العقد أو ارتضيت به أو تنازلت عن خيار الرؤية. أو أسقطت حقى فى خيار الرؤية فإنه عند رؤية محل العقد يثبت له حق الخيار رغم الرضا السابق به. ورغم إسقاطه للحق صراحة. لأن الرسول صلى الله عليه وسلم أثبت الخيار للمشتري بعد الرؤية فلو ثبت له حق إمضاء العقد وإسقاط الخيار قبل الرؤية لما ثبت له الخيار بعدها وهذا خلاف النص. بل فيه إهدار له.

وعلى كل فإذا أراد أن يفسخ العقد، فلا بد من أن يفسخه جميعه، فلا يجوز أن يفسخ العقد فى جزء دون جزء، فإذا تحققت عنده الرؤية فى بعض محل العقد أو فى بعض أجزائه، فليس من حقه أن يجيز فيها العقد دون غيرها إلا برضاء الآخر، لأن فى هذا تجزئة للصفقة عليه، وفى هذا إضرار بالملك، والقاعدة أنه لا ضرر ولا ضرار.

مسقطات خيار الرؤية^[١]،

ما يسقط حق خيار الرؤية جعله الفقهاء قسمين:

[١] قسم لا أثر له إذا كان قبل الرؤية وهو ينحصر فى الآتى:

١ - يسقط الخيار بالإجارة الصريحة كأن يقول بعد الرؤية أجزت العقد أو ارتضيته، أو لا اعتراض لى عليه^(٢).

٢ - وبما يدل على الرضا دلالة من غير أن يتصرف فى محل العقد تصرفاً يجعل عليه حقاً للغير، كأن يقبض العين ويراها من غير أن يفسخ فإن القبض يشبه العقد فالقبض بعد الرؤية كالعقد بعد الرؤية. وكذلك إذا تصرف فيه تصرف الملاك.

٣ - إذا كان المبيع عقاراً أو ما فى حكم العقار وبما ثبت به الشفعة، وببيع عقار بجواره، وطالب بالشفعة بسببه، فإن كان ذلك بعد رؤيته فإنه يدل على الإجارة دلالة ويسقط به خيار الرؤية، أما إذا كان قبل الرؤية فهو لا يسقط حق الخيار لأنه ليس بأعظم شأناً من الإسقاط الصريح.

(١) البدائع جـ ٥ ص ٢١٥ - ٢٩٧. الزيلعى جـ ٤ ص ٢٥ - ٢٦. الفتح جـ ٥ ص ١٤٣.

(٢) لكن هل بمجرد الرؤية يسقط حقه فى الخيار دون أن يظهر منه ما يدل على الرضا به أو الفسخ؟ بعض فقهاء الأحناف يرون أن هذا الحق لا يسقط ما لم يوجد ما يدل على بطلانه. ومنهم من يرى أنه يبقى بعد الرؤية فترة يمكنه فيها الفسخ فإذا لم يفسخ سقط حقه فى الخيار وأصبح العقد لازماً. وهذا رأى يحقق مصلحة الآخر فيستطيع أن يتبين موقفه من العقد الذى قد التزم هو به وإن كان فى مسقطات الخيار دلالة ما يجعل وقت الخيار محدداً حتى على رأى الأول.



[ب] وقسم يسقط حق الخيار به سواء أكان قبل الرؤية أم بعدها.

١ - أن يتصرف في محل العقد تصرفاً يتعلق به حق الغير كرهنه وهبته مع التسليم أو يبعه بيعاً باتاً وإجازته ووقفه وغير ذلك.

٢ - هلاك المحل أو تعيبه جميعه أو بعضه وهو في يد الممتلك، وكذلك زيادته في يده.

٣ - وأخيراً موت من له الخيار - سواء أكان قبل الرؤية أم بعدها - مسقط لهذا الحق، لأنه لا يورث لأن النص أثبتة للعاقد نفسه ولا وارث غيره، والخيار وصف فلا يجرى فيه الإرث كما يرى الأحناف، أما غيرهم فلا يجيزون هذا الخيار.

ثانياً - خيار العيب

خيار العيب سببه وظليله، قد يحدث أن يتعاقد الشخص على شيء من غير أن يتبين ما فيه من عيب يخل به أو ينقص من قيمته، أو يفوت عليه غرضاً قصده فيه، مما يجعل رضاه به غير موفور ولو كان به وقت التعاقد لما أقدم عليه أصلاً، أو لما ارتضاه بما ارتضاه به، فاعتبر الشارع مثل هذا خللاً في العقد يرتفع معه الرضا الذي هو أساس التعاقد. إذ الرضا به إنما يكون على أساس سلامته مما اكتشفه من عيب، ولذا بسط الشارع حمايته على هذا العاقد وشرع له خيار العيب ليتمكن من فسخ العقد ويسترد عوضه مستنداً بهذا الفسخ عند ظهور ما كان فيه من عيب لا يعلمه ولا يرتضيه، فسبب مشروعية هذا الخيار هو وجود العيب وعدم الرضا به.

والعيب في الاصطلاح الفقهي ما ينقص القيمة عند التجار أو يفوت غرض المتعاقدين. ويمكن القول بأن خيار العيب هو أن يكون لمن يملك شيئاً مما يتعين بالتعيين ويجده معيباً بعيب خفى عليه وقت التعاقد، حق فسخ العقد وعدم به.

ومن العيوب ما يغتفر ولا يكون له أثر في لزوم العقد، ولا يتزعزع معه الرضا، ومن العيوب ما يغتفر ويتعيب محل العقد به كشروء في البعير، أو تفوت مع وجوده رغبة للعاقدة فيه كان يصنع لك الصانع حذاء فتجده ضيقاً^(١) أو تنقص قيمة السلعة مع وجود العيب كعرج في الدابة أو عور، إلى غير ذلك مما لا يتحقق معه الرضا.

وقد دل على مشروعيته ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم: «لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً وفيه عيب إلا بينه له». وما روى أن رجلاً ابتاع غلاماً أقام عنده مدة ثم وجد به عيباً فخاصم البائع عند رسول الله، فرد عليه، فقال الرجل يا رسول الله: لقد استغل غلامي، فقال عليه السلام: «الخراج بالضمان» ومع هذا فالتعاقد على شيء معيب مع إخفاء ما فيه من عيب يعتبر غشاً وتدليساً لا يقره للشرع، فكان تشريع العيب لدفع مثل هذا.

من يثبت له وما يثبت فيه، والذي يثبت له خيار العيب هو الممتلك إذ هو الذي سيقع عليه الضرر، بشرط أن يكون قد خفى عليه العيب وقت التعاقد أو القبض، ولم يصدر منه ما يدل على رضائه به، ويثبت خيار العيب في عقود المعاوضات التي يتعين فيها محل العقد بالتعيين^(٢)، وأيضاً فإذا كان العوض سلعة فإن خيار العيب يثبت فيه لمن سيملكه إذا كان بالعوض عيب، فإذا باع شخص فرساً لآخر وأخذ نظيره سيارة ثم ظهر في الفرس عيب خفى على المتعاقد، كما

(١) أو تشتري شاة للأضحية فتجدها مقطوعة الأذن مثلاً. والأضحية: اسم لما يذبح أو ينحر من النعم تقريباً إلى الله أيام النحر. يقول صاحب الهداية ج ٤ ص ٥٨ «لا يضحى بالعمياء والموراء والعرجاء التي لا تمشي إلى المنك ولا العجفاء. ولا تجزئ مقطوعة الأذن والذنب».

(٢) وهي كما قلنا في خيار الرؤية في عقود الشراء والإجارة وقسمة القيميات والصلح عن دعوى مال. وجاء في حاشية ابن عابدين أنه يثبت في الشراء والمهر وبذل الخلع وبذل الصلح عن دم العمد. وفي الإجارة، ولو حدث بعد العقد والقبض بخلاف البيع. وفي القسمة والصلح عن مال. ج ٤ ص ٧٨.

ظهر في السيارة عيب خفى على الآخر فإن خيار العيب يثبت لكل منهما لأن كليهما ممتلك، كما يثبت أيضاً خيار العيب للممتلك إذا كان محل العقد قد امتنع رده لنقصانه مثلاً أو تعيبه في يد الآخر فإنه مخير بين أن يسترده بحالته ويرد جميع الثمن؛ أو يمسكه الآخر بعيبه ويرجع بقيمة النقصان الذي كان فيه التعاقد.

هل يثبت خيار العيب في عقد الزواج، الفقهاء يفرقون بين الزوجة والزوج في ثبوت خيار العيب، فأثبتوا للزوجة حق طلب الفسخ إذا كان الزوج عتيماً أو مجبواً أو خصياً، وقد أجاز محمد بن الحسن لها هذا الحق أيضاً إذا كان مجنوناً أو مجذوماً أو أبرص. وفي البدائع والزيلعي: أن هذه العيوب على سبيل التمثيل لا الحصر، ويطلق الفقهاء على هذا الحق «التفريق بسبب العيب»، لأن الزوجة لا تستطيع معاشرته والإقامة معه على هذه الحالة. وقالوا: «إن كل عيب تنضرر به المرأة يجيز لها فسخ العقد» والمادة رقم ٩ من القانون ٢٥ سنة ١٩٢٠ جعلت للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيباً مستحكماً لا يمكن البرء منه أو يمكن بعد زمن طويل ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص سواء أكان العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به، أم حدث بعد العقد ولم ترض به، فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب صراحة أو دلالة بعد علمها فلا يجوز التفريق لكن يلاحظ أن التفريق لخيار العيب يعتبر فسخاً^(١) وهذا يتفق مع ما يراه الإمام أحمد بن حنبل.

وإن كان سبب الفسخ قائماً من وقت إنشاء العقد - إذا كان العيب فيه من الأصل وتأخر العلم به - فسخ القاضي العقد، ويعتبر التفريق من وقت الحكم، ولذا تترتب الآثار مستندة إلى ما قبل الحكم فتجنب التفقة بخلاف ما يحدث بالنسبة لخيار العيب في غير ذلك.

(١) وبناء على أنه فسخ فلا يحتسب من عدد الطلقات إذا حدث بينهما رواج جديد لكن مالكا يعتبر مثل هذا التفريق «لعيب مستحكم» طلاقاً ويملكه القاضي بالنيابة القانونية عن الزوج. إذ كان الواجب على الزوج أن يطلق إذا فات الإمساك بالمعروف. ولما لم يسرح بإحسان قام القاضي مقامه بطلقة بائنة. وبهذا الاعتبار أخذ القانون ٢٥ سنة ١٩٢٠ المادة العاشرة مخالفاً للمذهب الحنفي الذي لا يجيزه.

بقى أنه يجب أن يلاحظ أن خيار العيب يشترط فيه أن يكون العيب وحده قبل التعاقد أو بعده وقبل الاستلام بحيث لو وجد بعد ذلك عيب عنده لا يعتبر موجباً للفسخ مع أننا نعطي الزوجة هذا الحق إذا وجد في الزوج عيب لم ترض الزوجة بمعاشرته معه^(١).

أما إذا كان بالزوجة عيب غير ظاهر، وفي إعلانة والفسخ بسببه إضرار بسمعتها فإن الأحناف ومن وافقوهم لا يعطون الزوج حق طلب فسخ العقد لما فيه من تشهير بها ولأنه يمكنه أن يتخلص منها بالطلاق الذي يملكه منفرداً بدل أن يسجل عليها أمام القضاء هذا العيب ويعلمه الجميع فيحجم الغير عن الزواج بها، وقد يصادف أن تتمسك مثل هذه الزوجة بحقوقها المالية قبله عند الطلاق رغم تستره على ما بها من عيب، فلا ضير، لأن خسارته المادية أخف ضرراً من التشهير بها وقتلها أدبياً، وعلى هذا عمل محاكم الأحوال الشخصية، فالمادة ٩ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ جعلت هذا الحق للزوجة دون الزوج.

لكن ابن القيم في كتابه إعلام الموقعين يقول: «كل عيب يكون بأحد الزوجين ينفر الآخر منه ولا يحصل به مقصود النكاح يوجب الخيار، ويقول أبو حامد الغزالي في كتابه الوجيز يقول «ويثبت لكل واحد من الزوجين الخيار بالبرص والجذام والجنون» ويقول ابن قدامة في كتابه المغني: «وأى الزوجين وجد بصاحبه جنوناً أو جذاماً أو برصاً، أو كانت المرأة رتقاء أو قرناء أو عفلاء أو فتقاء أو الرجل أو عنيئاً أو خصياً^(٢)، فلمن وجد ذلك منهما بصاحبه الخيار في فسخ

(١) يرى الأستاذ الشيخ أبو زهرة في كتابه الأحوال الشخصية ص ٣٥٦ أن مثل هذا يعتبرونه تفريقاً للضرر وليس للعيب، لكنني أستطيع أن أقول إنه للعيب وأن عقد الزواج من العقود المستمرة التي لا يمكن فيها تملك أثر العقد دفعة واحدة والعقد فيها يتجدد من نفسه ساعة فساعة.

(٢) الرتق: السداد في مكان الوطء سواء بغدة لحم أو عظم لا يمكن معه الجماع، والقرن بروز يمنع الوطء، والعفل: لحم يبرز في قبل المرأة ولا يخلو عن رشح كالأذرة للرجال. الفتق: انحلال في الغشاء ويقع فيه شق ينقله جسم غريب كان محصوراً فيه. ولعل العفلاء والفتقاء بمعنى واحد، وعلى كل فهي بالإجمال عيوب في مكان الوطء من المرأة لا يمكن معها مخالطتها جنسياً، والمجبوب: مقطوع الذكر. والعنين: من كان عضوه التناسلي بحجم لا يمكن معه الجماع. الخصي: هو مقطوع الخصية. وعلى كل فهي عيوب تمنع الرجل من أداء وظيفته الجنسية. راجع هذا في القاموس وفي كتاب النكاح في كتب الفقه.

النكاح» ثم يقول: «خيار الفسخ يثبت لكل واحد من الزوجين لعيب يجده فى صاحبه فى الجملة، روى ذلك عن عمر بن الخطاب وابنه وابن العباس، وبه قال النخعى والثورى وإسحاق، وروى عن على ألا ترد الحرة بعيب، وبه قال النخعى والثورى وأصحاب الرأى، وابن مسعود: لا يفسخ النكاح بعيب، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه، إلا أن يكون الرجل مجبوراً أو عنيماً فإن للمرأة الخيار». وموضع دراسة هذا تفصيلاً عند دراسة الأحوال الشخصية^(١).

ما يشترط لثبوت خيار العيب^[٢]، اشترط الفقهاء أموراً إذا توافرت فى عقد ثبت فيه خيار العيب، لأنها تكون الدليل القاطع على أن العقد قد تم على أساس السلامة. هذه الشروط هى:

١ - ثبوته عند التعاقد أو عند تسليم محل العقد. فلو حدث بعد استلام محل العقد عيب لم يكن موجوداً من قبل لا يثبت الخيار، لأن خيار العيب يثبت بسبب وجود العيب قبل الاستلام الذى تصبح معه السلامة مشروطة فى العقد دلالة من غير نص، وما دام التعاقد تم وليس بمحل العقد عيب فلا معنى لثبوت الخيار.

٢ - بقاء هذا العيب وثبوته بعد قبض محل العقد وعند طلب الفسخ ولا يكفى بالثبوت عند المملك لثبوت خيار المملك بل يجب أن يكون العيب باقياً فى محل العقد عند طلب الفسخ بسببه.

(١) راجع كتاب النكاح فى كتب الفقه جميعها وكتاب الأحوال الشخصية للأستاذ المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم، والأحوال الشخصية للأستاذ الشيخ عبد الرحمن تاج شيخ الأزهر السابق، وراجع كتاب الأحوال الشخصية قسم الزواج لفضية الأستاذ الشيخ أبى زهرة وراجع للمؤلف الزواج والفرقة وآثارهما، وراجع الرسالة التى نال بها الدكتور عبد الرحمن الصابونى شهادة الدكتوراه من جامعة القاهرة فى مدى حرية الزوجين فى الطلاق وقد كنت مشرفاً عليه فيها كما اشتركت فى لجنة الحكم عليها. هذا وقد بينت المادة (١١) أنه يستعان بأهل الخبرة فى العيوب التى يطلب فسخ الزواج من أجلها.

(٢) البدائع ج ٥ ص ٢٧٥، ٢٧٦ ثم نجد أن له كلاماً بديعاً فى اشتراط بقاء العيب وثبوته عند المملك حتى وقت طلب الفسخ، وقد فرع كثيراً على اشتراط المملك البراءة من كل عيب، واتبع ذلك بالكلام عن اختلاف المتأقدين فى وقت ظهور العيب. وطريق إثباته إن كان العيب خفياً أو كان ظاهراً.

٣ - جهل الممتلك وحوادث العيب عند العقد وعند القبض، فإن علم به عند أحدهما فلا خيار، لأن الإقدام على التعاقد مع العلم بالعيب، رضاه به دلالة، وكذا إذا علم بالعيب بعد العقد وقبل القبض، لأن تمام الصفقة متعلق بالقبض، فتحقق العلم عند القبض كتحققه عند العقد.

٤ - عدم اشتراط البراءة عند التعاقد من أى عيب يوجد فى محل العقد، فإن اشترط ذلك وقبل الآخر، فلا يثبت له خيار العيب عند اكتشافه لأى عيب فيه. لأن الإبراء من أى عيب يجيزه الاحتاف، ولا يرون فيه جهالة مفضية إلى نزاع^(١).

٥ - أن يكون العيب مما ينقص قيمة التعاقد عليه أو يفوت وجوده مصلحة على العاقد يقصدها من العقد.

ثبوته من غير نص وحكمه: العقود التى يدخلها خيار العيب هى من العقود اللازمة التى لا تقبل الفسخ إلا برضاء طرفى العقد. والعقد قبل ظهور العيب نافذ فيترتب عليه أثره، غير أنه بظهور العيب تبين أن الرضا الذى تم على أساسه العقد لم يكن على اعتبار وجود العيب، وبوجوده يختل الرضا، لأنه إذا انتفت سلامة المحل انتفى الرضا تبعاً لأن غرض العاقد الانتفاع بمحل العقد على وجه يحقق رغباته، ولا يتكامل هذا الانتفاع إلا إذا تأكدت سلامة محل العقد، ولذا كان مقصوداً فى التعاقد من غير أن ينص عليه صراحة، ولأن العاقد لم يخرج من ملكيته جميع ما اتفق عليه من عوض إلا ليسلم له محل العقد كاملاً. فالسلامة فيه وإن لم تشترط فى العقد صراحة فهى مشروطة فيه دلالة فكانت كالمشروطة نصاً، وفوق ذلك فإن العقود التى يثبت فيها خيار العيب هى من عقود المعاوضات وهى تقتضى المساواة، وتحقيق المساواة، فى مقابلة سلامة أحد العوضين بسلامة الآخر. فكان إطلاق العقد مقتضياً السلامة، وعدم توافر السلامة يتبعه عدم توافر الرضا لأنها أساس فيه كما قلنا، وهذا يوجب الخيار لأن الرضا

(١) الشافعى لا يجيز الإبراء من أى عيب إلا إذا عدد العيوب التى يرغب الإبراء منها، لأن فى هذا الإطلاق جهالة قد تفضى إلى المنازعة.

شرط صحة البيع، قال الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...﴾، فانهدام الرضا يمنع صحة العقد واختلاله يوجب الخيار فيصير العقد بذلك غير لازم بالنسبة للمتملك، ومن حقه أن يقبل العيب ومن حقه فسخ العقد.

أما إذا رضى الممتلك بالعيب والتزم العقد فليس من حقه أن يرجع بشئ على المملك نظير النقصان لأنه ما قبل أن يخرج محل العقد من ملكه إلا ليمتلك هذا العوض كاملاً، وإنقاصه عليه إضرار به لم يقبله وقت التعاقد، ولا ينبغى أن نرفع ضرراً عن أحد العاقدين لنوقع الضرر بالآخر.

والأحناف والمالكية والشافعية يجيزون للمشتري هنا بين قبول العيب من غير إنقاص شيء من الثمن، وبين رد المبيع لصاحبه واسترداده الثمن، لكن ابن حنبل ذهب إلى إجازة الاحتفاظ بمحل العقد، والرجوع على الآخر بما يقابل النقصان.

أثره في العقد: يصير العقد غير لازم بالنسبة لمن ثبت في جانبه هذا الحق فإما أن يجيز العقد بحالته أو يفسخه، والفسخ قد يكون اختيارياً كقوله: فسخته أو نقضته. كما يكون اضطرارياً لهلاك المعقود عليه قبل تسلمه، وعلى كل فإن كان محل العقد فى يد المملك ولم يتسلمه الممتلك بعد فإنه يستبد بفسخه منفرداً بمجرد التلفظ بما يدل على رغبته فى الفسخ وعدم رضائه بالعيب من غير حاجة إلى رضا الآخر أو إلى حكم القضاء، وكل ما يشترطه الأحناف هو مجرد إخبار الآخر بالفسخ وعدم تجزئة الشفعة عليه^(١). أما إذا كان الممتلك قد تسلم محل العقد ورغب فى الفسخ فلا بد أولاً أن يكون محل العقد لم يحدث به ما يمتنع معه الرد، وأن يكون الفسخ فى هذه الحالة، إما بالاتفاق مع الطرف الآخر فى العقد، وإما بواسطة القضاء، لأنه قد يكون هذا محل جدل ونزاع بينهما فقد ينكر عليه أن

(١) البدائع ج ٥ ص ٢٨٧، ٢٨٨، وراجع كشف الأسرار ج ٤ ص ١٧٠ حيث يفرق أبو يوسف بين ما قاله فى خيار الشرط من عدم توقف الفسخ على علم الآخر وبين موافقته للطرفين فى اشتراط علم الآخر بالفسخ بخيار العيب بقوله: «لأن المشتري هنا مسلط على الفسخ وإنما له حق المطالبة بتسليم الجزء الغائب، فإذا تحقق عجز البائع عنه تمكن من الفسخ فلا يتحقق عجزه إلا بمحض منه».

العیب كان فی محل العقد قبل تسلیمه له^(١) . وخالف الشافعی وابن حنبل فی ذلك، ولم یفرقا بین الحالین، وجعلوا حق الفسخ للمتملك یتبد به منفرداً من غیر حاجة إلى قضاء أو رضاء . سواء أكان محل العقد فی یده أو كان فی ید الآخر، وقاسوا ذلك على خيار الشرط والرؤية، والدعوى إنما ترفع على البائع سواء أكان حکم العقد یرجع إليه أم إلى غیره، فإن كان البائع وکیلاً وأضاف العقد إلى نفسه، وكان من أهل العهدة والالتزام، أو كان البائع أباً أو وصياً من قبل الأب، فإنه هو الذى یخاصم بخیار العیب لأن حقوق العقد كما یرى الأحناف ترجع إلى من باشر العقد فی هذه الحالة، والخصومة فی العیب من حقوق العقد، وعلى كل فلان الوکیل أو من فی حکمه إذا خصم فی هذا ورد علیه البیع رده بالتالى على موكله^(٢) .

ولو اشترى شخص سلعة بها عیب خفی علیه، ثم باعها قبل القبض لآخر فاکتشف ما فیها من عیب فردها إليه كان من حقه أن یردها هو بالتالى على البائع الاصلی، إذا كان الرد بقضاء القاضی، أما إذا كان بالتراضی فلیس له أن یردها علیه منعاً لاحتمال إیقاع الإضرار به .

وعلى كل فلو رد محل العقد بعد القبض لظهور عیب فیهِ، وكان الرد برضاء الآخر وقبوله اعتبر ذلك بیعاً فی حق الغیر وفسخاً فی حقهما، فإذا كان المبیع الذى ظهر فیهِ العیب بعد القبض ورد إلى البائع بالرضا، عقاراً وله شریک أو جار حق له أن یطلب بالشفعة فیهِ، بخلاف ما إذا كان قبل القبض أو بعده لكن من غیر رضاء وإنما بحکم القضاء .

(١) وفی البدائع ج ٥ المكان المذكور: «إن الصفة تمت بالقبض، وأحد العاقدین لا ینفرد بفسخه الصفة بعد تمامها لأنه یرفع العقد . والعقد لا ینعقد بأحد العاقدین فلا یفسخ بأحدهما من غیر رضاء الآخر أو قضاء القاضی، بخلاف ما قبل القبض لأن الصفة قبله لیست تامة بل تمامها بالقبض مكان بمنزلة القبول» .

(٢) إذا كان الحکم بنى على أساس بینة أو نكول لزم الموكل، وإن كان بنى على إقرار ینظر إن كان العیب لا یحدث مثله عنده یرد على الموكل، وإن كان یحتمل أن یكون حدث عند المشتري فلا یلزم الموكل حتى یقیم البينة، البدائع ج ٥ ص ٢٨١ .



ما يمنع الرد ويسقط به الخيار،

١ - الرضا بالعيب بعد العلم به صراحة كأن يقول المشتري رضيت بالعيب، أو دلالة كما إذا كان قماشاً فخاطه أو تصرف فيه تصرفاً يخرج عن ملكه وهو عالم بالعيب كأن يبيعه أو يهبه مع التسليم. وكذا إسقاط الخيار صريحاً، أو ما في حكم الصريح، وكذا إبراء الممتلك المملك من العيب إذ الإبراء إسقاط وهو يملك الإسقاط، لأن خيار العيب حقه، والإنسان حر في استيفاء حقه أو إسقاطه.

٢ - هلاك المعقود عليه في يد من له خيار العيب إذ بعد هلاكه تعذر الرد وامتنع، أو تعييه في يده لأنه بهذا يصير معيياً بعيب آخر من قبله، أو إحداثه فيه زيادة لا يمكن معها الرد^(١)، فإذا امتنع الرد والفسخ لهذا فلماذا كان المانع من الرد جاء من جهة الممتلك نفسه كأن يحدث منه ما يدل على قبول المعقود عليه بما فيه من عيب صراحة أو دلالة، فإن العقد يلزمه ولا يملك هنا أن يرده، وليس من حقه أن يرجع على الآخر بفرق النقصان لأن امتناع الرد جاء منه مع علمه بالعيب، والمعقود عليه قد خرج من ملك صاحبه نظير كل العوض، وقد كان الجائز أن يسترده صاحبه ويرد جميع العوض، لو لم يتصرف فيه.

أما إذا كان الممتلك لا يعلم بالعيب وتصرف فيه بما ينقصه أو حدث به عيب أو هلك أو تغير عنده بما يخرج عن حاله، فإن الرد لا يمكن^(٢)، إلا إذا كان في حالة النقصان وتعيبه بعيب آخر يقبل الممتلك استرداده ورد جميع العوض لأنه هو الذي يتضرر بالرد^(٣)، وكذا إذا كان محل العقد قد حدثت به زيادة في يد الممتلك من غير أن يكون عالماً بما فيه من عيب. كأن يكون محل العقد ثوباً فيصبغه، أو

(١) إما أن تكون الزيادة قد حدثت قبل القبض أو بعده، وهي إما متصلة متولدة كالسمن والكبر أو غير متولدة كالصبغة للثوب والبياض للدار، أو تكون منفصلة متولدة كولد الدابة وثمر الشجرة أو غير متولدة من الأصل كالغلة. راجع تفصيل ذلك في البدائع ج ٥ ص ٢٨٣ إلى ص ٢٨٦.

(٢) يقول صاحب البدائع ج ٥ ص ٢٨٣ «وقال له أن يرده ويرد معه نقصان العيب الجديد لأن حق الرد بالعيب ثبت نظراً للمشتري... إلخ».

(٣) البدائع ج ٥ ص ٢٨٩ وما بعدها.

داراً فيطلى جذرائها، أو شجرة فتشمر؛ إذ في جوار الرد هنا شبهة الربا، ولذا كان منع الرد هنا لحق الشارع فوق حق الممتلك، فيمتنع الرد ويرجع عليه بالنقص، فيقوم المبيع وقت العقد سليماً وكذا يقوم وقت العقد معيماً ثم يأخذ الفرق بينهما ينسب لقيمته سليماً وقت العقد ويضرب في الثمن فينتج قيمة النقصان.

أما موت من له خيار العيب قبل أن يعرف بالعيب أو يظهر رأيه فإنه لا يسقط حق الورثة لأنه إنما يشبت لهم هنا ابتداء كما قلنا في خيار التعيين؛ لأن مورثهم استحق المبيع سليماً، والوارث خليفة المورث، ومن حقه أخذ المعقود عليه سليماً. وإلا فلا، والمذاهب الأخرى وإن كانت أثبتت الخيار للورثة أيضاً، فإنه عندهم بالميراث عن مورثهم؛ وبذا نجد قاعدة الأحناف مطردة في أن الحقوق التي هي مجرد رغبات لا تورث.



الفصل السابع

انتقال الحق وانقضاؤه

تمهيد:

أولاً: العقود مصدر من مصادر الحق الشخصى «الالتزام»، وكذا الإرادة المنفردة، وكلاهما ينتج التزاماً مقصوداً للملتزم، غير أن الالتزام فى العقود قد يقابله التزام آخر، كما أن من مصادر الحق ما نص الشارع على الالتزام به ابتداء دون أن يتوقف على إرادة من يقع عليه الالتزام أو رغبته وذلك كالنفقة التى أوجبها الشارع على الشخص لأولاده، وأقاربه الفقراء، والإلزام بالولاية الشرعية على الصغير ومن فى حكمه، ومن مصادره إتيان الإنسان فعلاً دون إرادة التزام لكن الشارع يرتب عليه التزاماً كضمان المتلفات والإثراء على حساب الغير، وقد سبق^(١).

ثانياً: ينبغى أن نشير إلى ما قلناه قبل عند الكلام عن أقسام العقد من أن العقود منها ما يوصف حكمه بالتنجيز، ومنها ما يضاف حكمه إلى أجل معين ومنها ما يكون حكمه معلقاً على شرط، وعلى هذا فإن الالتزام يوصف بالتنجيز والإضافة والتعليق، وهذا هو الذى تناوله القانون المدنى تحت عنوان أوصاف الالتزام، وإذا كان الالتزام منجزاً بطبيعته، أو وصف بذلك فإنه يجب على الملتزم بالحق الوفاء فى الحال، وإلا فإذا كان مؤجلاً أو معلقاً على شرط فإن الوفاء يجب عند حلول الأجل أو تحقق الشرط.

ثالثاً: الالتزام إذا انتقل من ذمة إلى ذمة أخرى فإنه تارة ينقضى به الحق بالنسبة للدين الأسمى وتبرأ ذمته، وتارة لا ينقضى الحق بسبب ذلك الانتقال على ما سنبينه عند الكلام عن انتقال الحق، وأما انقضاء الحق فإنه إما أن يكون بالوفاء

(١) راجع ما قلنا قبل ولمن أراد التوسع بعد هذا أن يراجع مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للأستاذ الدكتور السهورى.

بالحق نفسه أو بالوفاء بمقابل، أو بتجديد الالتزام أو الظفر بجنس الحق، والمقاصة واتحاد الذمة، أو بالتنفيذ القضائي على العين محل الالتزام، أو بطريق التعويض عند استحالة التنفيذ العيني. وإما أن ينقضى الحق بغير الوفاء كالإبراء والإسقاط.

وعلى هذا فإننا نتجه في الكلام عن هذا الموضوع إلى تقسيمه إلى مبحثين:

الأول في انتقال الحق، ونتناول فيه الحوالة مبينين موقف الفقہ الإسلامی من حوالة الحق.

والمبحث الثاني في انقضاء الحق، ونتناول فيه ما يكون فيه الانقضاء بطريق من طرق الوفاء، وما يكون الانقضاء فيه من غير وفاء - على أننا سنلتزم الإيجاز وعدم التفصيل أو التعرض للجزئيات.

المبحث الأول

انتقال الحق

ينتقل الحق من ذمة إلى أخرى بما يسمى «الحالة» على ما ذكرنا^(١)، وهي عقد كسائر العقود يلاحظ فيه ما يلاحظ في العقود بصفة عامة.

والحالة^(٢) في الاصطلاح الفقهي كما اشتهر بين الأحناف نقل الدين من ذمة المدين «المحيل» إلى ذمة أخرى «المحال عليه»، ويقرب من هذا تعريف الشيعة الجعفرية إذ يرونها «عقداً شرعاً لانتقال الحق من ذمة إلى ذمة أخرى»^(٣) ويعرفها

(١) قد يتصور أحد أنه بالموت ينتقل الالتزام من ذمة المورث إلى ذمة الورثة. لكن بالتأمل يظهر أن ما على المورث من التزامات يبقى بعد موته معلقاً بذمته وكان لصاحب الحق أن يستوفى حقه من التركة إذ حق الورثة لا يتعلق بها إلا بثلثي الباقي بعد سداد الدين إن كان هناك وصايا وإلا فكل الباقي لأن الله تعالى يقول ﴿... من بعد وصية يوصون بها أو دين﴾ ولذا وجدت في الفقه الإسلامي قاعدة «لا تركة إلا بعد سداد الدين» وهي قاعدة عامة، ولكن بالنسبة للدائن إذا مات فإن حقه قبل المدين ينتقل إلى ورثته، ويكون الموت سبباً من أسباب انتقال الحق دون شك. وعلى هذا يمكن للالتزام أن يقسم إذا انتقل كحق إلى ورثة الدائن - راجع لنا الوصايا في الفقه الإسلامي.

ولقد كان القانون الروماني يجيز انتقال الالتزام من لمورث إلي الوارث سواء من ناحية الدائن أو المدين إذ كان يعتبر شخصية الوارث استمراراً لشخصية المورث، وكان القانون الفرنسي والقوانين التي تدور في فلكه على هذا، غير أنه لما تبين للمشرع عندهم عدم عدالة القاعدة جنح ناحية قاعدة الفقه الإسلامي. راجع الوسيط للأستاذ الدكتور السهوري ج ٣ ص ٤١٣ - ٤١٦ لمحة في التطور التاريخي لانتقال الالتزام.

(٢) الحالة في اللغة بمعنى التحول والانتقال من مكان إلى مكان، يقال تحول من مكانه انتقل منه، وحولت الشيء نقلته من موضع إلى موضع، والحالة بفتح الحاء مأخوذة من هذا فأحلتها بدينه نقلته رلى ذمة أخرى. المصباح والقاموس.

(٣) راجع تحرير الأحكام للمحلى ج ١ ص ٢٢٦ وعرفها بعض الأحناف بأنها نقل المطالبة من ذمة المدين إلى ذمة الملتزم، وعرفها زفر بأنها ضم ذمة إلى ذمة في الدين. فهي عنده كالكفالة. راجع الفتح ج ٥ ص ٤٤٣ وما بعدها والعناية بالهامش، وابن عابدين ج ٤ ص ٣١٨ والطحاوي على الدر ج ٣ ص ١٦٧ وفي البدائع ج ٦ ص ١٥ - ١٦ «الحالة تصرف على المحال عليه بنقل الحق إلى ذمته» والقانون في المادة (٣١٥) عرف حوالة الدين بالتعريف المشهور عند الأحناف.

فقهاء المالكية والحنابلة والظاهرية: بأنها نقل الدين من ذمة إلى ذمة أخرى مشغولة بمثل ذلك نقلاً تبرأ به الذمة الأولى، وهو مفاد مسلك الشافعية^(١).

ولابد في عقود الحوالة من وجود محيل وهو المدين، ومحال هو الدائن ويسمى محالاً له أو محتالاً له، ومحتال عليه أو محال عليه، وهو الطرف الثالث الذي ينتقل الدين إلى ذمته، ومحال به وهو ما كان مطلوباً من المدين، ولابد من وجود صيغة العقد التي توجد بها الحوالة والتي يعتبر الأحناف ركن العقد قاصراً عليها كسائر العقود. بخلاف غيرهم فإنهم يعتبرون كل هذه الأمور أركاناً، بل وزاد الشافعية والمالكية والحنابلة والظاهرية ركناً آخر هو وجود دين للمحيل على المحال عليه.

ولا يشترط في الصيغة التي تتعقد بها الحوالة عبارات معينة، وإنما تتم بكل ما يفيد نقل الدين من ذمة إلى ذمة، كما أن صيغة عقد الحوالة تقبل التنجيز والتعليق والاقتران بالشرط الصحيح على التفصيل الوارد في موضعه من كتب الفقه، وعلى ضوء القواعد العامة التي ذكرناها قبل في موضعها من نظرية العقد. أما الإضافة إلى الزمن المستقبل فظاهر عبارات الفقهاء عدم جوازها، إذ الحوالة تتضمن براءة المحيل من الدين، والبراءة لا تقبل الإضافة، وينقل صاحب الدر المختار^(٢) «أن عقد الحوالة لا يصح تأجيله وإذا أجل انصرف التأجيل إلى الدين نفسه لا العقد».

(١) المغنى ج ٤ ص ٥٢١، الدسوقي على الدردير ج ٣ ص ٣٢٦، شرح الخطيب على أبي شجاع ج ٣ ص ٩٣، المحلى لابن حزم ج ٨ ص ١٠٧. هذا والحوالة بوجه عام مشروعة بما روى في السنة بروايات متعددة من أن الرسول عليه السلام قال: «من أحيل على ملئ فليحتل»، وظاهر النص يفيد إلزام قبول الدائن استيفاء حقه من أحاله على المدين ما دامت الحوالة صحيحة، وهذا ما أخذ به فقهاء الظاهرية وأكثر الحنابلة، أما الجمهور فقد صرفوا الأمر الوارد في النص «فليحتل» عن ظاهره، وقالوا إنه يفيد التدب لا الوجوب.

(٢) الدر المختار وابن عابدين عليه ج ٤ ص ٢٨م.

شروط صحة الحوالة: يشترط لصحة الحوالة أن يرضى بها المحال له اتفاقاً لأن حقه هو الذى يتنقل والذمم متفاوتة، واشتراط الأحناف ومن تابعهم بصحة الحوالة ولو لم يكن المحال عليه بحيث إذا قبلها مكرهاً فسدت الحوالة، لأن الحوالة إلزام له بحق لم يكن لازماً عليه، فما لم يلتزم به فلا قيمة لهذا العقد ما دامت ذمته بريئة من الأصل. ألا ترى أنه سيصبح هو المدين والملتزم، ولذا فقد اتجه أكثر الحنفية والجعفرية إلى أنه لا بد من تحقق رضا المحال عليه فى مجلس عقد^(١) الحوالة، ونحن نوافقهم فى هذا الاعتبار.

أما بالنسبة لمن يشترطون فى المحال عليه أن يكون مديناً بدين مماثل فإنهم لا يرون حاجة إلى رضائه لأن التزامه بالدين قائم، ولا يضره تبدل الدائن^(٢).

على أن المالكية يشترطون رضاه فى حالة ما إذا كان بينه وبين المحال له عداوة وقت الإحالة كى لا يضار، ولذا فهم يشترطون إذا لم يتحقق الرضا ألا يكون المحال عليه عدواً للمحال وقت الحوالة.

أما رضا المحيل فيشترط الأحناف ومن تابعهم فى عدم اشتراط مديونية المحال عليه بمثل دين المحيل، وخاصة إذا كان المحال عليه غير مدين لأن ذوى المروءات قد يأبون أن يتحمل غيرهم دينهم فلا بد من رضاه كما أنهم يشترطون ذلك

(١) ويرى بعض الأحناف عدم ضرورة تحقق رضا المحال عليه فى المجلس، جاء فى الخاتبة: «لا يشترط حضور المحتال عليه لصحة الحوالة حتى لو أحال مدين دائنة على غائب ثم علم بالحوالة فقبل صحت».

(٢) وعلى هذا فإنه ينبغى أن يكون اشتراط رضا المحال عليه قاصراً عند من أجاز الحوالة على غير المدين على هذه الحالة دون الحوالة على المدين بمثل الدين، وبذا لا يكون هناك خلاف فى عدم اشتراطه بالنسبة للمحال عليه المدين ويمكن الاستفادة هذا مما جاء فى الدر المختار وابن عابدين عليه ج ٤ ص ٣١٩ من أن «صاحب البحر قد استثنى من ذلك ما إذا استدان الزوج النفقة بأمر القاضى، فإن لها أن تحيل زوجها ولو بغير رضاه» وواضح أن الزوج مدين لها بما حكم به القاضى وأمرها باستدانته عليه. ومع هذا فيمكن القول بأن إذن القاضى للزوجة بالاستدانة ضرورة وصولها للنفقة يفيد أن لها أن تتعجل نفقتها الحاضرة باستدانتها من الغير وإحالة الدائن على الزوج قبل أن تجب عليه. على أن هذا الاستتاج لا يمنع من القول بأن السبب فى عدم اشتراط الرضا هو مشغولية الذمة لأن الزوج ذمته تصبح مشغولة بحكم القاضى.

فى تقييد المحالة بالأداء من الدين الذى عليه للمحيل أو العين التى له حتى تبرأ ذمة المحال عليه، ونقل صاحب الدر^(١) أن رضا المحيل لا يشترط فى صحة الحوالة وقال إنه المختار، وعلى هذا يصح أن ينعقد عقد الحوالة عندهم بعبارة المحال والمحيل تارة أو المحال والمحال عليه تارة أخرى.

أما غير الاحناف ومن تابعهم^(٢) فإنهم يشترطون رضا المحيل باختياره إذ يرون أن الحوالة لا تنعقد إلا بعبارة المحيل، ويلزم أن يكون الآخر هو المحال، ولا يشترطون رضا المحال عليه على ما قدمنا.

كما اتفق الفقهاء على اشتراط أن يكون المحيل مديناً للمحال، وإلا كانت وكالة بالقبض إذ الحوالة نقل الدين^(٣).

(١) ابن عابدين ج ٤ ص ٣١٨.

(٢) وفى الدسوقى على الدردير ج ٣ ص ٣٢٦ «فلا يشترط رضا المحال عليه على المشهور بل صحيحة رضى أو لم يرض إلا إذا كان بينه وبين المحال عليه عداوة سابقة على وقت الحوالة فلا تصح الحوالة حينئذ على المشهور وهو قول مالك». ويقول الدردير «ولا يشترط حضور المحال عليه وإقراره على أحد القولين الراجحين والثانى يشترط» ويقول الدسوقى «إنما اشترط حضوره وإقراره وإن كان رضا لا يعتبر لاحتمال أن يبدى طعناً فى البينة إذا حضر أو يثبت براءته من الدين» وفى العقد المنظم للحكام بهامش التبصرة لابن فرحون ج ١ ص ٢٧١ «ولا يشترط رضا المحال عليه عنه عند جميع العلماء، وكذا لا يشترط حضوره وعلمه على المشهور، وفى كتاب الاستغناء لا تجوز الحوالة على الغائب، وإن وقع ذلك فسخ حتى وإن كانت له بينة لأنه قد يكون للغائب عن ذلك براءة، وفى المشتمل لا تجوز الحوالة إلا على حاضر مقر» وهذا الكلام يقتضى أن ضمنية شرط حضور المحال عليه عند بعض المالكية وإقراره بالدين الذى عليه، وهذا لا يتعارض مع عدم اشتراط رضا بالحوالة فإنه قد يجحد الدين.

وفى المختصر النافع للحلى فى فقه الشيعة الإمامية ص ١٤٢ «ويشترط رضا الثلاثة، وربما اقتصر بعض على رضا المحيل والمحال».

وفى المعنى لابن قدامة ج ٤ ص ٥٢٨ «قال مالك لا يعتبر رضا إلا أن يكون المحتال عدوه وللشافعى فى اعتبار رضائه قولان: أحدهما يعتبر وهو يحكى عن الزهرى لأنه أحد من تتم به الحوالة فاشبه المحيل، والثانى لا يعتبر لأنه أقامه فى القبض مقام نفسه، وفى ص ٥٢٧ يقول «إذا أحيل على ملىء لزم المحتال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما عندنا. أى الخابلة».

(٣) وفى المعنى ج ٤ ص ٥٢٤ «وإنما جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكهما فى المعنى وهو استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين»

واتفقوا أيضاً على اشتراط أن يكون الدين المحال به معلوماً لأن الحوالة تقتضى شغل ذمة المحال عليه والذمة لا تشغل بالمجهول^(١).

واتفقوا لصحة الحوالة أن يكون كل من المحيل والمحال عليه عاقلين، كما اشترط الشافعية والحنابلة أن يكونا بالغين أيضاً. أما الأحناف والمالكية فإنهم وإن وافقوهم على اشتراط البلوغ لصحة الحوالة بالنسبة للمحال عليه إلا أنهم يرون البلوغ شرطاً للنفاذ بالنسبة للمحيل والمحال له إذ تنعقد حوالة الصبي المميز ومن حكمه موقوفة على إجازة وليه أو وصيه لأنها من العقود المترددة بين النفع والضرر بالنسبة لهما.

واشترط جمهور الفقهاء^(٢) - من غير الأحناف ومن تابعهم - أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل بمثل ما أحال به عليه من دين جنساً وقدرًا ووصفاً على أن يكون الدينان لازمين^(٣) ومستقرين في الذمة^(٤). على تفصيل في ذلك بينهم، فالحوالة عندهم على غير مدين بمثل ما أحيل به لا تعتبر حوالة وإنما تكون كفالة إذا لم يكن المحال عليه مديناً، أو وكالة إذا لم يكن المحيل نفسه مديناً للمحال له^(٥).

(١) ويضيف الشافعية إلى ذلك أن يكون المحال عليه عالماً بمقدار ما عليه من دين للمحيل أيضاً لاحتمال أن يكون قد نسيه قبل الحوالة - راجع الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ج ٣ ص ٩٠.

(٢) غير أن الأحناف والجعفرية والزيدية إذ يجيزون الحوالة على غير المدين، وحتى إذا كان المحال عليه مديناً فإنهم لا يشترطون لصحة الحوالة أو نفاذها تساوى الدينين في الوصف المبسوط ج ٢٠ ص ٧٠، تحرير الأحكام للحلى ج ١ ص ٢٢٨.

(٣) واشترط الأحناف أن يكون الدين المحال به لازماً فلا تصح الحوالة عندهم بدين الزكاة لأنه يقبل الإسقاط بموت المدين به.

(٤) وفسر صاحب الإقناع ج ٣ ص ٩٢ الاستقرار بجوار الاعتياض عنه قبل قبضه فلا تصح الحوالة بدين السلم قبل قبضه.

(٥) غير أنه جاء في كتاب العقد المنظم للحكام المطبوع بهامش التبصرة ج ١ ص ٢٧٢ - ٢٧٣ «وإذا أحاله على من لا دين له عليه ورضى بذلك المحال عليه فذهب ابن القاسم إلى أنها حمالة بفتح الحاء وليست بحوالة وله الرجوع على المحيل، ومذهب ابن الماجشون أنها حوالة صحيحة... وقال ابن حارث: وعلى ذلك ينبنى الخلاف في الذي تحمل عن ابنه الصداق بعد عقد النكاح فيبطل على مذهب ابن القاسم إن مات أو أفلس. وعلى مذهب ابن الماجشون فلا يبطل» وواضح أن هذا يفيد أن ابن الماجشون يجيز الحوالة إذا كان المحيل عليه غير مدين كما هو مذهب الأحناف، وأنه حيثئذ يشترط رضا المحال عليه كما اشترط الأحناف.

ويترتب على اشتراط الجمهور لذلك، أن مجرد قبول شخص للحوالة عليه يعد إقراراً منه بأنه مدين للمحيل بمثل ما أحيل به عليه من المدين، وأنه كان للمحيل قبل الحوالة أن يطالب المحال عليه بالمدين وأن يلزمه بل وأن يحبس^(١) إذا ما توافرت لذلك شرائطه، وأن المحال عليه يصير بعد الحوالة بريئاً بمقدار ما أحيل به فتقطع بذلك مطالبة المحيل له وتنقطع تبعاً لذلك ملازمته أو طلب حبسه لأنه أصبح غير مدين له.

أما عند الأحناف ومن تابعهم فلا يكون مجرد قبول المحال عليه للحوالة إقراراً بدين للمحيل إذ يجيزونها على غير مدين كما ذكرنا، ولم يترتب على الحوالة عندهم براءة ذمة المحال عليه من دين المحيل إذا ما كان مديناً له سواء أكانت الحوالة مطلقة أم مقيدة بهذا الدين^(٢).

واشترط المالكية في حال ما إذا كان المحال عليه مفلساً، علم المحال له بذلك إذا كان المحيل أيضاً يعلم ذلك عند الإحالة، رفعاً للتفجير، فإن لم يكن المحيل عالماً لا يضر جهل المحال له بذلك لعدم وجود التفجير^(٣).

ومع هذا فلإن الظاهرية يرون عدم صحة الحوالة إذا كان مفلساً لأنهم يشترطون لصحتها ملاءة المحال عليه أخذاً من قول النبي عليه السلام «من أحيل على ملئ فليحتل» ويرى الجعفرية والزيدية أن الملاءة شرط لزوم لا صحة فيجوز للمحال له إذا علم بعد تمام الحوالة أن المحال عليه مفلس أن ينفرد بفسخ عقد الحوالة^(٤).

(١) إذ الفقه الإسلامي يجيز حبس الماثل لوفاء ما عليه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كالقرض وثمن المبيع أو التزامه بعقد كالمهر المعجل والكفالة. راجع الهداية والفتح ج ٥ ص ٤٧١، وقيل بحبس أيضاً في كل عين يقدر على تسليمها كالعين المقصوبة.

(٢) راجع مذكرات الأستاذ الفاضل الشيخ على الخفيف في الحوالة ص ٨٠ - ٧١.

(٣) الدسوقي والدردير على خليل ج ٣ ص ٣٢٩ - وفي كتاب العقد المنظم للحكام بهامش التبصرة ج ١ ص ٢٨٢ «فإن أفلس المحال عليه قبل الإحالة ولم يعلم بذلك المحال فله الرجوع على المحيل، لا تلزمه الحوالة فإن انعقد في الوثيقة بعد معرفة المحال بملاءة المحال عليه وموضعه من المال فلا رجوع له بوجه وإن كان إفلاسه بعد الإحالة فلا كلام للمحال ولا رجوع بوجه».

(٤) المحلى لابن حزم ج ٨ ص ١٠٩، تحرير الأحكام للمحلى ج ١ ص ٢٢٧، وفي المختصر النافع في فقه الإمامية ص ١٤٣ «ويشترط ملاءته وقت الحوالة أو علم المحتال بإعساره، ولو بان فقره رجع ويبرأ المحيل» وإن يبرئه المحتال، وفي رواية «لم يبرئه فله الرجوع».

ولم يشترط باقى الفقهاء ذلك إلا إذا كان الدائن «المحال له» عديم الأهلية أو ناقصها لأن وليه لا يملك أن يتصرف فى ماله إلا بما فيه مصلحته على ما بيناه فى الولاية.

صورة الحوالة، يرى جمهور الفقهاء، ومنهم الأحناف، أن الحوالة لابد لانعقادها من وجود طرفين أحدهما المحال له قطعاً لأن الدين حقه ولا ينبغى أن ينتقل من ذمة إلى ذمة إلا بموافقة، وخاصة أن الناس يتفاوتون فى اليسار والرغبة فى الوفاء، والطرف الثانى هو المحيل كما يرى جمهور الفقهاء الذين يرون أن عقد الحوالة لا ينعقد إلا بعبارته. وصورتها أن يقول المدين للدائن أحلتك بالدين الذى على فلان، أو يقول الدائن للمدين أحلنى بالدين الذى عليك لى على فلان فيقبل، فإن عقد الحوالة ينعقد ولا حاجة إلى موافقة المحال عليه عند جمهور الأحناف ومن تابعهم لأن غير هؤلاء يشترطون فى المحال عليه أن يكون مديناً للمحيل بالمثل على ما بينا.

أما الأحناف فإنهم يجيزون أن يكون الطرف الثانى فى عقد الحوالة هو المحال عليه، بأن يقول للمحال له احتل بالدين الذى لك على فلان على فيقبل. وهنا يرى بعض الأحناف ضرورة موافقة المحيل، وخاصة إذا لم يكن المحال مديناً له بمثل ما التزم بدفعه للمدين، وقد أجازوا هذا لأن بعض ذوى المروءات لا يقبلون لأحد منة عليهم، لكن البعض الآخر منهم لا يرى ضرورة اشتراط موافقته فى هذه الحالة إلا لصحة رجوع المحال عليه بما أدى عنه، إذ التزامه بالدين وأداؤه من غير أمر المحيل أو موافقته يجعله متبرعاً فى نظر المدين، أما إذا كان المحال عليه مديناً للمحيل بمثل الدين المحال به فلا ضرر من عدم اشتراط موافقته إلا أنه لا يكون مقيداً فى الأداء بالدين عندهم، ولذا فإن جمهور الفقهاء الذين قصرُوا الحوالة على الصورة التى يكون المحال عليه مديناً للمحيل بمثل ما أحيل عليه قدراً وجنساً ووصفاً لم يشترطوه.

أنواع الحوالة: يرى غير الأحناف أن الحوالة فيها معنى المعاوضة بين دينيين، لذا فهي عندهم عبارة عن استبدال دين بدين. ويقتضى هذا أن الحوالة لا تكون إلا إذا كان كل من المحيل والمحال عليه مديناً على ما ذكرنا، وعلى هذا فإن الوفاء يتقيد من مال معين هو ماله في ذمته.

أما الأحناف وقد علمت أنهم يجيزون الحوالة على غير مدين أيضاً فإنهم بالتالى يجيزون وفاء الدين المحال به من أى مال يراه المحال عليه، كما يجيزون اشتراط الوفاء من مال معين له عند المحال عليه أو دين في ذمته وعلى هذا فالحوالة عند الأحناف نوعان:

١ - حوالة مطلقة: إذا لم يكن الوفاء مقيداً بشيء، وهذه عند غير الأحناف في الحقيقة كفالة لا حوالة.

٢ - حوالة مقيدة بشيء، مما ذكر.

غير أنهم قالوا إن الحوالة المقيدة بالوفاء من الدين الذى للمحيل في ذمة المحال عليه هي الحوالة الحقيقية، أما المقيدة بالوفاء من عين سواء أكانت ودعة، أو مضمونة بأن كانت مضمونة ببيع فاسد مثلاً فإنهم لا يعتبرونها في الواقع حوالة، وإنما يعتبرونها توكيلاً من المحيل للمحال بقبض دينه مما له من مال عند المحال عليه، وتوكيلاً أيضاً للمحال عليه بالأداء^(١).

(١) وفي البداية والهداية للميرغيناني «ومن أودع رجلاً ألف درهم وأحال عليه آخر فهو جائز لأنه أقدر على القضاء فإن هلك برئ ليقبضها بها فإنه ما التزم الأداء إلا منها، وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين. وحكم المقيدة في هذه الجملة أن لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لأنه تعلق به حق المحتال... وهذا لأنه لو بقيت مطالبة فيأخذ منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال بخلاف المطلقة لأنه لا تعلق لحقه به بل بدمته فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عليه أو عقده»، وفي الفتح للكمال «فصارت المقيدة بالتفصيل ثلاثة أقسام: مقيدة بعين أمانة، وبعين مضمونة، وبدين خاص» ثم يقول بعد ذلك «ومن أحكام الحوالة المقيدة بالدين أو العين أنه لو أبرأ المحتال عليه صح الإبراء، وكان للمحيل أن يرجع على المحتال عليه بدينه، ولو وهب المحتال دينه من المحتال عليه أو مات المحتال له وورثة المحتال عليه لا يكون للمحيل أن يرجع على المحتال عليه، الهبة والإرث من أسباب الملك... راجع فتح القدير ج ٥ من ٤٥٠ - ٤٥١ وراجع مذكرات الحوالة للأستاذ الفاضل الشيخ على الخفيف - وفي الوسيط للدكتور السهري ج ٣ ص ٤٢٠ -

حكم الحوالة: يرى جمهور الفقهاء أن حكم الحوالة نقل الدين والمطالبة معاً من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه، أى أنها تفيد براءة ذمة المحيل. ونقل الكاساني أنها عند زفر لا توجب براءة المحيل، أن الحق فى ذمته بعد الحوالة على ما كان عليه قبلها، وفى ابن عابدين والدر المختار أن محمد بن الحسن يقول إن الحوالة تنقل المطالبة لا نفس الدين.

غير أن الأحناف يرون أن الحوالة إذا كانت مطلقة فإن ذمة المحيل تبرأ من دين المحال براءة مشروطة بسلامة الدين للمحال سواء أكان المحال عليه مديناً للمحيل أو تحت يده مال له، أو لم يكن شئ من ذلك. ويصبح المحال عليه بعد الحوالة مديناً للمحال كما يبقى فى ذمته أيضاً دين المحيل إن كان هناك دين ولم تقيد الحوالة به، ويكون للمحيل أيضاً على المحال عليه ما كان له قبل الحوالة من حق المطالبة وملازمته وطلب حبسه، إذ الحوالة المطلقة لا تؤثر على شئ من ذلك، ومع هذا فيجوز للمحال عليه الرجوع على المحيل بما أدى عنه وأن يلازمه ويطلب حبسه إذا فعل معه المحال ذلك ما دامت الحوالة بأمر المحيل وموافقته، أما إذا كانت الحوالة مقيدة بالوفاء من الدين الذى للمحيل فى ذمة المحال عليه، أو عين له طرفه فإن حق المحال تعلق بهذه العين أو بالدين الذى للمحيل فى ذمة المحال عليه، فلا يحق للمحيل مطالبة المحال عليه بوفاء ذلك الدين أو تسلمه العين

= «والمحال عليه هو الذى يتركز فيه التفريق بين الحوالة المقيدة والحوالة المطلقة، فإن كان هذا الأجنبى مديناً للمدين أو كان فى يده له ودعة أو عين مقصوبة وأراد المدين عن طريق الحوالة الوفاء بالدين الذى فى ذمته للدائن بالحق الذى له فى ذمة الأجنبى فهذه هى الحوالة المقيدة وهى أقرب إلى أن تكون طريقاً من طرق الوفاء بالدين من أن تكون حوالة بالمعنى الدقيق...» غير أن الدكتور السنهورى أشار بهامش ص ٤٢١ بمباراة تفيد قصر الحوالة المقيدة عند الأحناف على ما إذا قيد المدين الحوالة بالدين الذى له فى ذمة المحال عليه إذ يقول «فى المذهب الحنفى لا تكون الحوالة مقيدة إلا إذا قيد المدين الحوالة بالدين الذى له فى ذمة المحال عليه فإذا لم يقيد الحوالة به كانت مطلقة رغم مديونية المحال عليه للمدين». وهذه العبارة تفيد أن الحوالة المقيدة عند الأحناف لا تكون إلا فيما تقيد المحال عليه فيها بالأداء من الدين الذى عليه للمحيل مع أنها عندهم - كما هو مذهبهم الذى بيناه والذى نقله سيادته أيضاً عنهم - أوسع دائرة من ذلك إذ تشمل ما إذا قيده بالوفاء من ودعة له عنده، ولا يبرر الحصر فى التقيد بالأداء من الدين أنه هو الأكثر.

محافظة على حق المحال، ومع هذا فإن ذمة المحيل تبرأ من دين المحال براءة مشروطة بسلامة الدين للمحال بحيث إذا هلك العين التى للمحيل فى يد المحال عليه برأت ذمة المحال عليه من الحوالة لأن يده يد أمانة والأمين لا يضمن، وبقيت ذمة المحيل مشغولة بالدين والمطالبة.

كما أن حكم عقد الحوالة من ناحية أخرى أنه لارم لا يملك أحد أطرافها أن ينفرد بفسخه ما دام العقد مستوفياً شروط الصحة، ومع هذا فهى من العقود القابلة للفسخ بالاتفاق، وهنا لابد فى الإقالة من عقد الحوالة من اتفاق المحيل والمحال له^(١)، كما تنتهى الحوالة أيضاً بالتوى، وإذا حدث شئ من هذا عادت المطالبة إلى المحيل^(٢)، وقال الشافعى: إن الحوالة لا تنتهى بالتوى. ولا تعود المطالبة إلى المحيل^(٣).

ويترتب على مسلك الأحناف ومن نحا منحاهم جوار رجوع المحال عليه على المحيل إذا كانت الحوالة مطلقة وبأمر منه، وقام بالوفاء أو تملكه هو بأى سبب، كأن يهبه أو يرثه وحده، أما جمهور الفقهاء فمسلكتهم ينتج أنه لا يحق للمحال عليه أن يرجع على المحيل بما أدى عنه لأنهم يشترطون أن يكون المحال عليه مديناً للمحيل بمثل ما أحيل عليه به، فالمسألة عبارة عن استبدال دين بدين.

بقى أن نقول إن المقاصة الجبرية^(٤) لا يمكن أن تجمع مع الحوالة، إلا إذا ثبت للمدين الأصلى مثل هذا الدين بعد الحوالة. ثم انتهت بالتفاسخ وعاد الدين

(١) ولا يشترط رضا المحال عليه إذ لا ضرر عليه من إقالة الحوالة، بل إن ذمته تبرأ بذلك من التزام انتقل إلى ذمته. راجع، مذكرات الأستاذ الشيخ على الحفيف فى الحوالة لطلاب دبلوم الشريعة ص ٤٠.

(٢) وفى العقد المنظم للحكام بهامش التبصرة ج ١ ص ٢٧٢ «فإن أحاله بضمن ما باعه ثم رد المبيع بعب أو استحقاق فإن الحوالة تنفسخ عند أشهب واختار ذلك الأئمة ولا تنفسخ عند ابن القاسم وتمضى ويرجع المشتري على البائع»

(٣) راجع لنا المقاصة فى الفقه الإسلامى ص ٦١.

(٤) والمقاصة الجبرية تقع بنفسها بمجرد أن يتلاقى الدينان المتحدان جنساً وصفة وحلولاً دون توقف على تراضيهما ولا على طلب من أحدهما، ومن هذا النوع الحسابات الجارية فى المصارف فصاحب الحساب فى الحقيقة دائن ومدين بما يسجبه فتحصل المقاصة الجبرية على ما سيأتى فى البحث الثانى. راجع لنا المقاصة فى الفقه الإسلامى ص ٢٢ وما بعدها.

الذى انتقل إلى ذمة المحيل فإن المقاصة الجبرية تقع، إذ قد أصبح هذان الدينان متلاقين تلاقياً حقيقياً، وكذلك يكون الحكم إذا فسخت الحوالة بالتوى كما هو المذهب الحنفى.

لكن ما رآه زفر وما نقل عن محمد بن الحسن من أن الذى ينتقل بالحوالة هو المطالبة فقط مع بقاء الدين فى ذمة المحيل، فإن المقاصة تقع بين هذا الدين وبين الذى يثبت للمحيل على دائته بعد الحوالة، إذ انتقال المطالبة لا ينفى الواقع من بقاء الدين فى ذمة المحيل^(١).

القانون وانتقال الحق، القانون^(٢) يطلق الحوالة على امرين: حوالة الدين، وحوالة الحق، وستناول أولاً الكلام عن حوالة الدين، ثم نتبع ذلك الكلام عن حوالة الحق، نبين موقف الفقه الإسلامى فيها باعتبار أنها مصدر لانتقال الحق.

أولاً - حوالة الدين: حوالة الدين هى أن يحل المدين الجديد محل المدين الاصلى فى نفس الالتزام قبل الدائن، والاصل فيها أن تكون بالاتفاق بين المحيل والمحال عليه الذى يريد أن يتحمل عنه الدين م ٣١٥، لكنها لا تنفذ فى هذه الحالة

(١) المرجع السابق ص ٦١.

(٢) انتقال الالتزام بمقوماته وخصائصه بين الأحياء، سواء أكان من دائن أو مدين، لم يعرفه القانون الرومانى، إذ كانت الفكرة التى تصور الالتزام رابطة شخصية، ويكون الالتزام طبقاً لها علاقة بين شخص الدائن وشخص المدين، وعلى هذا فلا يجوز نقل الحق أو الدين إلا عن طريق إنشاء التزام جديد بمقومات وخصائص جديدة، فالقانون الرومانى لم يكن يعرف الحوالة بنوعها. وفقهاء القانون الفرنسى قديماً خرجوا على أحكام المذهب الشخصى، واهتموا بالقيمة المالية للالتزام، وأجازوا حوالاته من دائن إلى آخر «حوالة الحق» وفى منتصف القرن التاسع عشر قوى شأن المذهب المادى للالتزامات، فاعترف فقهاء القانون بإمكان حوالة الالتزام من مدين إلى مدين «حوالة الدين»، وظهر أثر ذلك فى القوانين الحديثة، وعلى هذا النهج صدر القانون المصرى الجديد، فقد شملت مواده (٣٠٣ - ٣١٤) حوالة الحق، كما شملت مواده من (٣١٥ - ٣٢٢) حوالة الدين. راجع الوسيط للدكتور السهورى ج ٣ ص ٤١٣ - ٦٣٤، أحكام الالتزام للدكتور سليمان مرقص ص ٣٩٩ وما بعدها، أحكام الالتزام للدكتور محمد سامى مذكور ص ١٦٨ - ١٨٥.

إلا إذا أقرها^(١) الدائن «المحال» م ٣١٦، وحتى تصدر هذه الموافقة كان من حقهما أن يعدلا عنها أو يعدلا فيها.

ومع هذا فيجوز أن تكون الحوالة باتفاق الدائن «المحال» والمحال عليه، الذي سيتحمل بالالتزام على أن يحل الأخير محل المدين الأصلي في الالتزام ١/٣٢١، فينتقل الالتزام دون توقف على رضا المدين الأصلي وينتقل نفس الدين من المدين إلى المحال عليه محملاً بالدفع^(٢) التي كان للمدين أن يتمسك بها م ٣٢٠، وكذا فإنه ينتقل بكل توابعه^(٣) م ٣١٨، كما أنه ينتقل بأوصافه وصفاته مضافاً إلى أجل أو معلقاً على شرط م ٣١٨، ويترتب على الحوالة في هاتين صورتين براءة ذمة المدين الأصلي من الدين دون توقف على النص على ذلك، ويكون الإبراء من وقت انعقاد الحوالة، فينسحب الإقرار في الصورة الأولى ليوم الاتفاق، غير أنه إذا تمت الحوالة باتفاق المحيل والمحال عليه يشترط أن يكون المحال عليه موسراً وقت إقرار الدائن للحوالة ما لم يحدث اتفاق على غير ذلك، فإذا ظهر أنه كان وقتها معسراً حق للدائن أن يرجع بالدين على المدين الأصلي م(٣١٩).

(١) فإذا أقرها صراحة أو ضمناً بأن قبض دهنه من المحال عليه بصفته مديناً لا وكيلًا أو فضولياً نفذ الاتفاق في حق الدائن وانتقل الالتزام وبرات ذمة الأصيل، أما إذا رفضها فإنها لا تنفذ في حقه، ولا ينتقل الدين إلى المحال عليه، بل يبقى أثرها مقصوراً على طرفيها، ويكون للمدين عند مطالبة الدائن «المحال» أن يطالب المحال عليه - ما دام قد وفى التزاماته نحوه بمقتضى عقد الحوالة - بتنفيذ تعهده بالوفاء للدائن في الوقت المناسب ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك م(٣١٧)، أما إذا سكت الدائن فإنه يحق للمدين أو المحال عليه أن يطبق الحوالة له، وأن يضرب له أجلاً لتحديد موقفه منها، فإن استمر في سكوته اعتبر ذلك رفضاً للحوالة م(٣١٦/٢)، إلا إذا كان المدين مضموناً برهن رسمي، وياع المدين العين المرهونة، واتفق مع المشتري على حوالة الدين عليه، وتسجل العقد، وأعلن الدائن رسمياً، تعين عليه في ميعاد لا يتجاوز ستة أشهر أن يقرها أو يرفضها، فإذا انقضى الميعاد دون أن يت برأى اعتبر سكوته إقراراً م(٣٢٢).

(٢) كالدفع ببطان العقد الذي هو مصدر الدين والدفع بحق حبس الدين.

(٣) ومع ذلك لا يبقى الكفيل عينياً كان أو شخصياً ملتزماً قبل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة م(٢/٣٠٨).

وبمقارنة حوالة الدين مع ما قاله فقهاء الأحناف في الحوالة يتبين لنا أنها حوالة دين أيضاً. وأن القانون لم يخالف الفقه الإسلامى كثيراً فيها وأنه يتفق معه في الجملة.

ثانيها - حوالة الحق، وهذه يعرفها فقهاء القانون بأنها اتفاق بين الدائن الأصلي والدائن الجديد وهو المحال له، بمقتضاه يحل الثاني محل الأول في حقوقه قبل المدين^(١)، وتكون بالاتفاق بين المحيل والمحال له، ويتم عقدها بمجرد تراضى طرفيهما (م ٣٠٣) ويجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين.

فيحق لمشتري الشيء قبل أن تنتقل إليه ملكيته أن يحول حقه فيه إلى من يرغب في شرائه منه ويحق للمستأجر أن يحول حقه الناشئ عن الإجارة إلا أن هناك أحوالاً استثنائية يمنع فيها على الدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر م ٣٠٣، وكذا فإنه لا تجوز حوالة الحقوق التي يتفق فيها الدائن والمدين على عدم جواز تحويلها، ولا الحقوق التي لا يجيز القانون الحجز عليها م ٣٠٤، ومتى تراضى طرفا الحوالة عليها وكان كل منهما أهلاً للتعاقد سليم الإرادة انتقل ذات الحق من المحيل إلى المحال له بكل توابعه (م ٣٠٧)، كما ينتقل محملاً بالدفع التي كانت للمدين وبجميع أوصافه وصفاته موجلاً أو معلقاً، أى أن المحال بالحوالة أو قبولها يلزمه الوفاء للمحال له دون المحيل (م ٣٠٥) هذه فكرة عامة موجزة عن حوالة الحق في القانون.

موقف الفقه الإسلامى من حوالة الحق، بتبعنا لما كتب في المذاهب لم نعرش على من عقد فصلاً خاصاً بحوالة الحق، بل ولا من أوردها قسماً عند الكلام عن

(١) والغرض من حوالة الحق في الغالب نقل ملكية الحق من المحيل للمحال له إما يبيعاً أو هبة وفاء بدين للثاني على الأول أو قسمة أموال مشتركة، وأثر الحوالة على الالتزام الأصلي لا يتغير بتغير الغرض المقصود منها - راجع أحكام الالتزام للأستاذ للدكتور محمد سامى المذكور ص ١٧٠ - ١٨٨ والوسيط للأستاذ للدكتور السهورى ج ٣ ص ٤٤٢ - ٥٥٢.

الحالة، وكل ما هنالك أن بعض الأحناف يذكر هذه الكلمة فى صدد المنع كما يقول صاحب الجوهرة^(١) تعليقا على عبارة القدورى «الحالة جائزة بالديون» فيقول: «قيد بالديون احترازا عن الأعيان والحقوق فإن الحالة بها لا تصح، وإنما تختص بالديون لأنها هى التى تنتقل من ذمة إلى ذمة».

ثم ينقل صاحب الدر المختار^(٢) عبارة المنع عن كتاب الجوهرة بدون ذكر العلة ويرتب عليه عدم جوار الحالة فى بعض صور تنتقل فيها الحقوق من ذمة إلى ذمة كحالة الغارى بحقه من غنيمة محررة، وحالة المستحق بمعلومه فى الوقف على الناظر. وينسب هذا التفريع إلى صاحب النهر ثم يذكر عنه مناقشة هذا المقام، ويقول: إن هذا المنع يظهر فى الحالة المطلقة دون المقيدة، ويقول: إن الحالة المقيدة ينبغى أن تصح كما يراه صاحب البحر، ويمثل صاحب البحر لها بمال الواقف فى يد الناظر فإنه ينبغى أن يصح كالحالة على المودع. معللا ذلك بأنها مطالبة، ثم يقول صاحب الدر «ومقتضاه صحتها بحق الغنيمة».

ويرى ابن عابدين أن هذه الجزئيات راجعة فى الحقيقة إلى حالة الدين ولا كلام فى صحتها، وأما حالة الحق فإنه يرى تأييد كلام صاحب الجوهرة فى عدم صحتها على مذهب الأحناف، وعلى ذلك فليس هناك نقل - كما يرى - يفيد القول بصحة حالة الحق.

ويتردد الكتاب المحدثون فى النقل عن الأحناف فى هذا المقام، فيقول بعضهم: إن الأحناف يمنعون، ويستندون فى دعوى المنع إلى أنه بيع الدين لغير من عليه الدين وهو باطل عند الأحناف، ويقول بعضهم إن ذلك من قبيل بيع الكالئ بالكالئ^(٣) وهو باطل لحديث الدارقطنى من أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى

(١) الجوهرة على القدورى ج ١ ص ٣٨٠.

(٢) الدر المختار وابن عابدين عليه ج ٤ ص ٣٢٠ - ٣٢١.

(٣) قيل فى تفسيره إنه بيع الدين بالدين.



عن بيع الكالئ بالكالئ، وقد نقل الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم^(١) طعنوا فى سند هذا الحديث، ونقل عن صاحب نيل الأوطار الإجماع على منع بيع الدين بالدين وناقش دعوى الإجماع بأنها دعوى ينقصها الدليل، ثم قال إن خلاصة الكلام فى حوالة الحق: أنها عقد بين اثنين فيه كل واحد من المبيع والضمن دين، وقد يكون المبيع غير دين فيستوفى المشتري من غير البائع. ولا يشترط رضا المحال عليه لانه محل استيفاء لا دخل له فى العقد، ويقول: إنه يمكن القول باستثناء حوالة الحق من الحديث إن صح سنده للضرورة وتيسير التعامل على الناس.

ولعل هذا المسلك هو الذى دعا الأستاذ الدكتور السنهورى أن يقول^(٢): إن مذهب مالك يقر حوالة فيما يسميه هبة الدين وبيع الدين، وينقل عن كتابى التحفة والمدونة^(٣): أنه يشترط لجوار بيع الدين لغير من هو عليه حضور المدين وإقراره^(٤) وأجاز ابن القاسم شراء الدين على الغائب، كما يشترط تعجيل الثمن حتى لا يكون بيع دين، ويشترط ألا يكون المبيع طعاماً غير مقبوض، وأن يبيعه بغير جنسه، وألا يكون المشتري عدواً للمدين ليقتصد بشراء الدين إعناته، ثم يقول إن المذاهب الثلاثة الأخرى لا تقر حوالة الحق استنتاجاً من أنها لا تميز بيع الدين إلا ممن عليه الدين، وأن فى المذهب الحنفى حيلة لتحقيق كثيراً من الأغراض التى يراد الوصول إليها من وراء حوالة الحق، كما أن هناك رأياً فى المذهب الشافعى يجيز بيع الدين من غير المدين بشرط قبض الدين والضمن فى المجلس، وهذا كما يبدو

(١) فى مذكراته عن الالتزامات وما يتعلق بها من أحكام فى الشرع الإسلامى ص ٢١٩.

(٢) الوسيط ج ٣ ص ٤٣٤ - ٢٣٦.

(٣) التودى على التحفة ج ٢ ص ٤٧، المدونة ج ٩ ص ١٢٨ - ١٣٠.

وقريب مما جاء بالتحفة والمدونة ما جاء فى كتاب العقد النظم للحكام بهامش التبصرة ج ١ ص ٢٦٦ من جوار بيع الدين عيناً كان أو عروضاً بما يجوز أن يباع به إذا كان الذى عليه الحق حاضراً مقراً، ولا يكون الثمن فى ذلك إلا معجلاً لئلا يكون ديناً فى دين ولا يكون المبيع طعاماً قبل قبضه، وألا يكون من عليه الحق غائباً، مع اختلاف فى ذلك بين المالكية.

(٤) وهذا لا يستلزم رضاه كما أشرنا فى حوالة الدين.

بيع محض عجل فيه الثمن وسلم المبيع. كما أن ابن تيمية وابن القيم فى الفقه الحنبلى يذهبان إلى جواز بيع الدين بالدين ولو بثمن مؤجل، وظاهر أنهما لم يأخذا بحديث النهى عن بيع الكالئ بالكالئ لضعف سنده، ومن جهة أخرى فإن مذهبهما ينقض الإجماع الذى ادعاه الإمام الشوكانى وأشار إليه الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم.

كما أن الأستاذ الدكتور شفيق شحاته^(١) يرى أن حوالة الحق جائزة حتى فى الفقه الحنفى، وبنى رأيه على بعض جزئيات نقل بعضها عن البدائع، وبعضها عن شرح الجامع الصغير تصرح بلفظ الحوالة، بشأن تحويل بعض الحقوق^(٢).

ومما تقدم يبين لنا أن مجموعة هذه الآراء تتجه إلى الربط بين حوالة الحق وما قاله الفقهاء فى بيع الدين أو هبته، وقالوا إن من يذهب إلى منع بيع الدين أو هبته بإطلاق يلزم على مذهبه منع حوالة الحق، ومن ذهب إلى جواره بقيود يلزم على مذهبه جواز حوالة الحق فى حدود هذه القيود. ومن أجاره إطلاقاً لزم على مذهبه إجازة حالة الحق دون قيد.

لكننا قد وقفنا على مسلك انتحاه الأستاذ مصطفى الزرقا^(٣) يعجبنا فى جملته إذ يرى أن الفقه الإسلامى بوجه عام يقر حوالة الحق بأن يحيل الدائن سواء على

(١) فى محاضراته فى القانون المدنى ص ٥٦ - ٦٤.

(٢) وقد نقل ذلك وناقشه الزميل الأستاذ عيسوي أحمد مناقشة معقولة ترجع فى جملتها إلى أن الأحناف أنفسهم ومنهم ابن عابدين صرحوا بأن التعبير بلفظ الحوالة فى أمثال هذه الجزئيات تعبير مجازي، وأن لفظ الحوالة مستعمل فى الوكالة مجازاً، وقد أيد ذلك بأن للحوالة صفات لا تتحقق فى أمثال هذه الجزئيات، وقال إن الشريعة لا يضيرها إلا يجيز الفقه الحنفى حوالة الحق ما دام غير الأحناف يجيزونها لكن باسم بيع الدين أو هبته. راجع الأزهري المحدثين ٩، ١٠ من السنة السابعة والعشرين.

(٣) الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ج ٢ ص ٦٦ - ٧١ ويبدو أن الأستاذ الزرقا يعتمد فى كلامه هنا على المذهب الحنفى لأنهم هم الذين ذكروا اشتراط رضا المحال عليه عندهم. على أننا قد ناقشنا هذا فى هامش اشتراط الرضا بما يفيد أنه ينبغى عدم اشتراطها عندهم إلا فى الحوالة المطلقة وهذه بعيدة عن حوالة الحق.

الدين، كما أقر حوالة الدين بأن يحيل المدين الدائن على غيره، ثم يجزم بأن الفقهاء جوروا حوالة كل من الحق أو الدين إلى شخص ثالث بالتراضى، وأن ذلك داخل فيما يسمى بالحوالة المقيدة، ويقول: إنه لا علاقة بين البيع - سواء أكان بيع دين بدين أو غيره - وبين الحوالة مطلقاً، فاعتبار بيع الدين بالدين حوالة حق، مما لا مبرر له.

ويفرق بين البيع والحوالة من وجهين: فمن حيث الرضا والقبول تتوقف الحوالة على رضا المحال عليه، ولا يكفى فيها الاتفاق بين المدين (المحيل) والدائن (المحال)، بخلاف البيع فإنه لا يتوقف على رضا غير البائع والمشتري، فلو صح بيع الدين من غير من عليه الدين لثم ذلك دون علمه ورضاه، فيصبح ملتزماً رغماً عنه تجاه دائن أجنبى.

ويفرق بينهما ثانياً من حيث الأثر المترتب فإن البيع ينشأ عنه ملك بات بخلاف الحوالة فإن الانتقال فيها معلق على المصير والنهاية.

ونحن نوافق على أن تنتجه إلى أن الحوالة غير بيع الدين، وإنما هى تصرف آخر يرجع إلى نقل المطالبة من دائن إلى آخر، ونناقشه فى موضوع التراضى، ولا سيما فى حوالة الحق التى لا تتحقق إلا فى الحوالة المقيدة حسب اتجاهه، ولا بد فيها أن تكون ذمة المحال عليه مشغولة، وعند ذلك لا يشترط الفقه رضاه.

فالتنتجه عندنا أن حوالة الحق صحيحة لا نرى ما يمنع منها فى الشريعة الإسلامية، ولا سيما أن فيها يسراً بذلك التحويل فى كثير من الأحيان، وقد أوردنا فى صدر الكلام عن الحوالة فى الفقه الإسلامى نوعاً من حوالة الحق ليس محل اختلاف أو شك، وهى حوالة الحق بسبب الموت، وأما بالنسبة إلى الأحياء فلإننا بناء على الاتجاه السابق نستطيع أن نذهب إلى القول بأن الفقه الإسلامى بمذاهبه المعروفة لا يمنع حوالة الحق ولا يأبى اعتبارها، ولا نرى بعد فصلها عن بيع الدين أن فى قواعد الشرع ما يمنع من صحتها.

المبحث الثاني

إنقضاء الحق

ينقضى الحق باستيفاء صاحب الحق حقه ممن عليه بأدائه اختياراً أو بواسطة التنفيذ القضائي أو الظفر بجنس الحق أو باستبدال الدين بشيء حال أو بدين آخر أو باتحاد الذمة أو المقاصة، كما ينقضى الالتزام دون حدوث الوفاء أو ما يقابله وهذا عندما يرى صاحب الحق الملتزم أو يسقط حقه قبله، وكذا عند استحالة تنفيذ الالتزام. ويضيف القانون إلى ذلك أمراً آخر هو مضي المدة.

وسنكتفى هنا ونحن في خاتمة الكتاب بأن نعرض الموضوع عرضاً سريعاً جامعين له في مطلبين: انقضاء الحق بالوفاء أو ما يعادله، وانقضاء الحق دون وفاء.

المطلب الأول

انقضاء الحق بالوفاء أو ما يعادله

أولاً - الوفاء،

الوفاء هو الطريق الطبيعي لتخلص الملتزم، وحقيقته كما يرى الفقهاء أنه عبارة عن عقد يبيع فيه الملتزم ما يؤديه للدائن في مقابل ما كان يجب عليه الوفاء به، وقد حث الشارع على الوفاء بكل التزام^(١) مشروع سواء أكان يقابله التزام آخر كما في البيع والإجارة والزواج، أم لا يقابله شيء كالنذر^(٢).

(١) في أكثر من موضوع يقول الله تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾ ويقول ﴿وأوفوا بالعهد﴾ ويقول ﴿وليوفوا نذورهم﴾ ويقول الرسول «من نذر وسمى فعله الوفاء بما سمي».

(٢) وفي الاختيار شرح المختار ج ٣ ص ٣٤ مطبعة الحلبي سنة ١٣٦٠ هـ إذا كان نذراً معلقاً على شرط فالطرفان يريان أنه يجزئه عن الوفاء كفارة اليمين إذا كان شرطاً لا يريد وجوده كقوله إن كلمت فلاناً أو دخلت داره فعلى صدقة ما أملك، واختاره بعض المشايخ للبلوى والضرورة، ولأن فيه معنى اليمين، ولو كان شرطاً يريد وجوده كقوله إن شفى الله مريضى، لا يجزيه إلا الوفاء بما سعى إذ ليس فيه معنى اليمين.

والوفاء يتحقق بإيفاء صاحب الحق حقه كاملاً من عليه الحق على الوجه الذى يجب أن يستوفيه به إلا إذا كان المدين بالحق معسراً فإنه يصح الاجتزاء ببعض المطلوب كما يصح الصلح عن أخذ بعض الحق وإسقاط الباقي، ويفسره الميرغيناني^(١) «بأنه استيفاء لبعض الحق وإسقاط لباقيه»، وسيان فى هذا أن يكون الحق خالصاً لله كالصلاة وصدقة الفطر والعشور والخراج وحد الزنا والكفارات، أو يكون الحق مشتركاً يظهر فيه حق الله وحق العبد كالقصاص وحد القذف، أو يكون الحق خالصاً للعباد بأن وجب فى ذمة الغير نتيجة عقد أو التزام أو استهلاك^(٢)، كضمن المبيع فى عقد البيع وأجرة المنفعة فى عقود الإجارة، وكذا بدل التلغات وأداء بدل الدين فى عقود القود والقرض، وإعارة العين لصاحبها فى عقود الوديعة والعارية إلى غير ذلك مما يستوجب حقاً فى الذمة يلزم الإنسان أدائه^(٣)، معجلاً أو مؤجلاً إلى أجل معلوم، بإيجاب من نفسه أو بإيجاب من الشارع، فكل هذه الحقوق تنادى وتبرا ذمة من عليه الحق إذا أداها الملتزم بنفسه أو بالإجابة فيما تمجور فيه الإجابة على الوجه الذى يجب أن يكون عليه، على أنه يصح فى الحقوق الشخصية الوفاء عن الغير دون أن يكون لمن قام بالوفاء حق الرجوع على المدين بما وفى لأنه متبرع، إلا أن الدائن من حقه ألا يقبل الوفاء من غير المدين.

(١) الهداية ج ٣ ص ١٥٩.

(٢) راجع ابن عابدين ج ٤ ص ١٨٧.

(٣) يقسم الأصوليون الواجب من حيث تقديره وتحديد به إلى واجب محدد لا تبرأ الذمة إلا بأدائه كاملاً بمقداره الذى حدده الشارع وعينه كالصلوات الخمس وصوم رمضان وزكاة الأموال والنذر إذا كان محدداً وضمن الشيء المشتري وأجرة الأجير وما إلى ذلك من كل ما يلزم تعيين الواجب فيه، ويشبت ديناً فى الذمة ولا تبرأ ذمة المكلف إلا بأدائه أو إسقاط المطالبة به. وواجب غير محدد وهو ما طلبه الشارع بغير تحديد كالمعدل والإحسان والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وغير ذلك مما لا يثبت ديناً فى الذمة. راجع لنا مباحث الحكم عند الأصوليين ص ٨٩.

والوفاء في الحال من العقود يتحقق بالقبض في المجلس قبل الافتراق لأن الحلول هو الأصل وخاصة بالنسبة للعقود، وأن الأجل لا يثبت إلا بالنص عليه^(١)، ويتحقق الوفاء في المؤجل بالوفاء عند حلول الأجل^(٢).

(١) غير أن عقد الصرف لا يكون الوفاء فيه إلا حالا في المجلس حتى لو نص على تأجيله، لقول الرسول عليه السلام «الذهب بالذهب مثلاً يداً بيد» ولقول عمر «لا تبيعوا أحدهما غائب والآخر ناجز»، وإن استتظرك أن يلج بيته فلا تنظره إلا يداً بيد هات وهات». وعلى العكس من ذلك فإن عقد السلم لا يمكن فيه الوفاء بالبدلين في مجلس العقد ولا بد من تأجيل السلعة وتمجيل الثمن وأدائه عند التعاقد.

ولا خلاف في صحة التأجيل إلى أجل مجهول كالحصاد وخلافه، ونقل ابن عابدين عن الحاتية ج ٤ ص ٥ - ٦ «إن باع شيئاً بيعاً جائزاً وآخر الثمن إلى الحصاد ونحوه يفسد البيع في قول أبي حنيفة، وعن محمد لا يفسد لأن التأخير بعد البيع تبرع» ثم نقل أن الرواية المحفوظة بأنه لو باع مطلقاً ثم أجل الثمن إلى الحصاد لا يفسد ويصح الأجل.

(٢) وفي الدر المختار ج ٢ وابن عابدين ج ٤ ص ١٨٧ أن كل ما يصح تأجيله من الديون لا تخفى المطالبة به قبل الأجل الأخير وأن كل الديون يصح تأجيلها عدا بعض مسائل مستثناة كبذل الصرف وبدل السلم.

وفي كتاب العقد المنظم للحكام بهامش تبصرة ابن فرحون ج ١ ص ٢٦٦ - ٢٦٨ وانقضاء الديون مختلف، فأمّا قبل الأجل فلا يجوز أن يأخذ إلا الذي عليه في الجنس والصفة والقدر... سواء أكان الدين من قرض أو سلم أو غير ذلك أي نوع كان. الحكم في ذلك واحد... وأما بعد الأجل فإن كان حيناً فله أن يأخذ صرفة خلافاً لأشهب، فيأخذ عن الدينارين دراهم وعكسه وله أن يأخذ أقل أو أكثر ودون صفته أو أجود أو عرضاً... وأنزل أهل الذهب الزيادة في الوزن إذا كان التعامل بالعدد منزلة الزيادة في الصفة فأجاروا ذلك على الإطلاق، فإن كان التعامل بالوزن فكانت الزيادة في الوزن أو كان التعامل بالعدد فكانت الزيادة في العدد في ذلك ثلاثة أقوال: لا يجوز إلا في المقدار اليسير جداً، لا يجوز إلا في مقدار الدينارين والثلاثة في المائة ونحو ذلك ما لم يكسر، جائز على الإطلاق كالزيادة في الصفة وهو قول ابن حبيب... وإذا كان الفضل بشرط أو عادة منع باتفاق.

وإن لم يكن حيناً فإما أن يكون من قرض أو سلم فإن كان من قرض فله أن يأخذ فيه ما شاء من الطعام والعروض والدينارين والدرهم وغيرها إذا تعجل ذلك وانتقد، وإن كان من سلم يجوز له أن يسامحه في الصفة... إذا لم يخرج عن الجنس الذي له عليه والكيل، وقال بعض المتأخرين لا يجوز أن يأخذ منه في السلم غير جنسه إلا بثلاثة شروط: أن يكون المسلم فيه مما يجوز بيعه قبل قبضه، وأن يكون المأخوذ مما يجوز أن يسلم فيه رأس المال، وأن يكون مما بالمسلم فيه يداً بيد.

هذا ويصح الوفاء من القاصر المميز كما يصح الوفاء له، غير أن المدين لا يبرأ ما لم يستفد الموفى له من هذا الوفاء، ويشترط لبراءة ذمة المدين أن يكون الوفاء للدائن أو نائبه وإلا لم تبرأ ذمته.

ومحل الوفاء هو مكان التعاقد، ويستثنى من ذلك الوفاء في عقد الوديعة فإن الوفاء فيه يكون في محل من عنده الوديعة، على أن الفقهاء أجازوا استحساناً الوفاء في محل صاحب الحق إذا تم الاتفاق على وجوب تسليم العين فيه، كما أجازوا استحساناً أيضاً الاتفاق على مكان معين يدفع فيه الثمن، وقد منعوا حصول مثل ذلك في القرض فراراً من شبهة الربا مع استثناء مسألة السفتجة^(١).

ويحق لصاحب الحق في كل أن يؤجل له الدين وإلا حق له التقاضى به وجار للقاضى حبس من عليه الحق عند ظهور مماطلته، كما يحق لصاحب الحق أن يجبس تحت يده ما في مقابل هذا الحق حتى يستوفى حقه كالبيع في عقد البيع فمن حق البائع حبسه عن المشتري حتى يوفيه الثمن ما دام حالاً أو حل وقت الأداء وكان المبيع في يده، كالزوجة فإن من حقها أن تجبس نفسها عن زوجها حتى يوفيهما عاجل صداقها، والمملتقط الذي أنفق على اللقطة ليحفظها ويسقى عليها فإن من حقه حبسها حتى يستوفى ما أنفقه عليها، كما يحق لصاحب الحق أيضاً عند عدم الوفاء بنفس الحق أن يقبل من المدين شيئاً حالاً في مقابل الدين أو أن يحول هذا الدين إلى دين آخر، كما يحق له أن ينتصف لنفسه بأخذ حقه جبراً إذا ظفر بجنسه أو يجعله مقاصة في مقابلة ما عليه له من جنسه.

حبس المدين حثاً له بملء الوفاء، إذا امتنع المدين عن الوفاء ورأى الدائن أن يطالبه بحقه أمام القضاء ثم ثبت الحق عند القاضى وطالب صاحب الحق حبس غريمه فإن الفقهاء يرون ألا يعجل بحبسه وأن يأمره بدفع ما عليه لأن الحبس جزاء

(١) ويعرف فقهاء الحنفية السفتجة بأنها إقراض لسقوط خطر الطريق ويصورونها بأن تدفع إلى تاجر مالا قرضاً ليدفعه إلى صديقك وإنما يدفعه قرضاً لا أمانة ليستفيد به من سقوط خطر الطريق، فإذا ضاع أو تلف في الطريق التزم به من ماله لأنه قرض. راجع ابن عابدين ج ٤ ص ٣٢٦.

المماطلة فلا بد من ظهورها، فإذا لم يأتجر حبسه القاضي^(١) ويكون ذلك الحبس في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كضمن المبيع، أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة ما لم يكن معروفاً بالعسرة عند أبي حنيفة^(٢) ولا يقبل برهانه على إفلاسه قبل الحبس، ولا يحبس فيما سوى ذلك إلا إذا ثبت أنه موسر^(٣)، والصبي لا يحبس بدين الاستهلاك بل يحبس من له عليه ولاية أو وصيه إذا امتنع عن بيع شيء من ماله لسداد دينه.

والمشروع من الحبس كما يقول القرافي^(٤) ثمانية أقسام: منها حبس الممتنع عن دفع الحق إلجاء إليه، وحبس من أشكل أمره في العسر واليسر اختياراً لحاله، وفي التهذيب^(٥) عن التبصرة «إن حبس الممتنع عن الحق قد يكون حبس تضيق وتنكيل وقد يكون حبس تعزير وتأديب وقد يكون حبس تلوم واختبار»، وفي الدر^(٦) أن القاضي بعد أن يحبسه بما يراه ولو يوماً يسأل عنه فإن لم يظهر له مال خلاه بلا كفيل إلا في ثلاث: مال اليتيم، والوقف، وإذا كان الدائن غائباً. ثم لا يحبسه ثانياً حتى يثبت غريمه غناه.

(١) مشروعية الحبس مأخوذة من قوله تعالى «أو ينفوا من الأرض» ومن قول الرسول عليه السلام «لبي الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته» ومن الحديث يظهر أن الحبس يكون عند القدرة على الوفاء مع المماطلة أما المفسر فإنه ينظر لقوله تعالى «وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة» وكان الحبس في عهد الرسول وأبي بكر في المسجد أو الدهليز حتى اشترى عمر داراً بمكة واتخذها محبساً: ابن عابدين ج ٤ ص ٣٤٥، وفي الدر المختار نفس الصفحة «حبس الرسول رجلاً بالتهمة في المسجد وأحدث السجن على».

والواقع أن الالتزام في الفقه الإسلامي تصحبه سلطة شخصية مهذبة تأييداً لتنفيذه ولذا شرع طلب حبس المدين وملازمة الدائن له والحكم بذلك، ولا تعجب من هذا لأنه قصد به حماية صاحب الحق من ماطلة المدين وحثاً له على الوفاء ما دام قادراً عليه، لكن القانون الروماني في أزهي عصوره كان يعطى الدائن سلطة شخصية على المدين تخول له حق قتله أو استرقاقه عند عدم الوفاء حتى وإن كان معسراً عاجزاً.

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٥١.

(٣) ابن عابدين ج ٤ ص ٣٤٨، الهداية ج ٣ ص ٨٤.

(٤) في الفروق ج ٤ ص ٧٩ الفروق ٢٢٦.

(٥) بهامش الفروق ج ٤ ص ١٢٥.

(٦) الدر المختار وابن عابدين ج ٤ ص.

هذا والقانون المصرى لم يأخذ بنظرية حبس المدين إلا بالنسبة للمدين الماطل فى دين النفقة وأجور الحضانة والرضاع إذا توافرت الشروط التى تضمنتها المادة (٢٤٧) من القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١، فى حين أن القانون المدنى السودانى وهو المتأثر بالقانون الإنجليزى يساير الفقه الإسلامى فى أنه يجيز للدائن أن يطلب حبس المدين الماطل لا فى دين النفقة فقط وإنما فى أى دين كان^(١).

التفويض القضائى: إذا امتنع المدين عن الوفاء بحبسه القاضى على ما بينا ويستمر حبسه عند أبى حنيفة حتى يوفى دينه أو يأذن ببيع شىء من ماله إذ لا يجيز الحجز على المدين وبيع ماله جبراً عنه وفاء لدينه، إذ المستحق عليه هو قضاء الدين ومن حقه هو أن يعين طرفى الوفاء، ويؤيد ذلك بأن القاضى يحبس الماطل بالاتفاق، ولو كان بيع ماله جبراً جائزاً لما كان هناك معنى لإضاعة الوقت بحبسه وتعطيل الدائنين عن سداد ديونهم، غير أنه يرى أن الدين إذا كان دراهم أو دنانير (أى نقوداً) وله دراهم أو دنانير (نقوداً) أخذ القاضى منها ولو جبراً عنه ووفى ما عليه للطالين.

ويرى صاحبان وياقى الأئمة أن للقاضى بعد حبسه مدة الاختبار أن يخلى سبيله ويأخذ من ماله إن كان له مال معروف، فإن كان دراهم أو دنانير وفى منها ولا خلاف، وإلا باع ما وجد على أن يبدأ بالمتقول ووفى به دينه وعلى أن يترك له مقدار نفقته الحاضرة هو ومن يعول، فإن تعدد الغرماء كانت التوفية بطريق المحاصة أى بنسبة ما لكل واحد منهم على ما سبق بيانه.

هذا ما أمكن كتابته فى هذه العجالة عن الوفاء فى الفقه الإسلامى جبرياً كان أو اختيارياً. بقى لنا أن نشير إلى أن القانون المدنى المصرى تناول الوفاء فى المواد من ٣٢٣/٣٤٩. وشرح القانون يرون أن الوفاء عبارة عن تنفيذ الالتزام بقصد

(١) راجع لنا الفقه الإسلامى فى الزواج والفرقة وآثارهما فى الإسلام من ١٤٢ مطبوع بمطبعة مصر بالخرطوم.

إنهائه فهو تصرف قانوني يستتبع إلى إرادة الموفى في إنهاء الالتزام، ومحل موضوع الالتزام المراد إنهاؤه، وسببه هو وجود الالتزام المراد إنهاؤه، والوفاء قد يقع من المدين نفسه أو نائب عنه كوكيل أو وصى أو من الغير تبرعاً^(١)، دون أن تكون له مصلحة، أو له مصلحة لكن^(٢) دون اتفاق الدائن على أن يحل محله تماماً في الدين وهذا يسمى وفاء بسيطاً، أما إذا حدث مثل هذا الاتفاق، أو كان الوفاء يقتضى حلاً قانونياً وهو ما حددته المادة (٣٢٦) فإنه يسمى وفاء مع الحلول.

«إذا كان الالتزام بإعطاء شيء وجب أن يكون الموفى مالكا لهذا الشيء وإلا كان وفاء غير صحيح، كما يجب أن يكون الموفى أهلاً للتصرف إذ الأصل في تصرفات ناقص الأهلية أنها باطلة بطلاناً نسبياً لمصلحته، فالوفاء منه صحيح إذا لم تكن له مصلحة إبطاله، وباطل إذا كان له مصلحة في الإبطال، ويشترط في الموفى له أن تتوافر فيه الأهلية اللازمة لقبض الدين، كما يجب أن يكون الوفاء له أو لنائبه إذا نص على أن يكون الوفاء للدائن شخصياً إذ الوفاء لغير الدائن أو نائبه غير نافذ في حق الدائن^(٣). والأصل في الوفاء أن يكون بنفس الشيء المستحق كله فلا يجوز للمدين أن يجيز الدائن عن قبول غيره ولو كان أكثر قيمة منه كما لا يجوز له أن يجزئ الالتزام دون موافقة الدائن إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بذلك».

-
- (١) القانون يجيز تدخل الغير في الوفاء بالالتزام رغم إرادة الدائن أو المدين، وكان القانون القديم يجيز ذلك رغم إرادتهما معاً إلا أن المادة (٢/٣٢٣) لا يقر تدخل الغير عند اعتراض كل من الدائن والمدين، وهذا الغير إذا وفى بغير علم المدين قاصداً التبرع إنه لا يرجع على المدين، وإذا وفى بعلمه دون اعتراض منه فالراجع أنه فضولى، أما إذا تم الوفاء رغم إرادته لا يكون فضولياً لكن يحق له أن يرجع على المدين بدعوى الإثراء إذا لم يكن للمدين مصلحة في الاعتراض.
- (٢) كالحائز الذى يوفى لصاحب حق التبع أو كدين المدين الذى لا يوفى بالدين للدائن المقرر له دعوى مباشرة في مطالبته كما في حالة التأجير من الباطن أو المقاولة من الباطن.
- (٣) إلا إذا أقره أو عادت عليه منفعة منه ويقدر هذه المنفعة، أو تم بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته (م ٣٢٣).

والوفاء يجب أن يتم فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص أو حكم بغير ذلك، والالتزام المطلوب الوفاء به إذا كان معيناً بالذات لزم تسليمه في المكان الذي يوجد فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص مخالف، أما في الالتزامات الأخرى فالقاعدة أن الدائن هو الذي يسعى إلى دينه ولذا كان محل الوفاء موطن المدين وقت الوفاء. والاصل أن نفقات الوفاء تكون على المدين.

وإذا امتنع الدائن بدون وجه عن قبول الوفاء، وسجل المدين عليه هذا الرفض بإعلان رسمي اعتبر معذراً وتحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه وحق للمدين إيداع الشيء على نفقة الدائن. وإذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه طوعاً جاز للدائن أن يلجأ إلى الطريق الذي رسمه القانون للتنفيذ الجبري على المدين وقد تناول القانون ذلك مبيناً التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض ووسائل التنفيذ والضمان. في آثار الالتزام المواد من ١٩٩ - ٢٦٤.

ثانياً، استبدال الدين بشيء حال أو بطين آخر^[١].

وذلك كان يكون شخص مديناً لآخر بعشرة أقداح من الأرز مثلاً فيتفق كل من المدين والدائن على أن يدفع الدائن للمدين حالا بمثل قيمتها قمحاً، والفقهاء يعتبرون مثل هذا بيعاً أو إجارة بحسب نوع العوض ويعبر عنه القانونيون بالوفاء بمقابل^(٢) فإذا قبل الدائن مثلاً عيناً معينة بدلا من دينه وقبضها، يكون دينه عبارة

(١) جاء في مذكرات الالتزامات للمرحوم الشيخ أحمد إبراهيم ص ٢٢٦ هذا الموضوع بعنوان استبدال دين جديد بالدين الأصلي. ومثل تحت هذا العنوان بما يفيد أنه يريد أن يتناول تمهيد الالتزام والوفاء بمقابل. مع أن الوفاء لا بد فيه من استبدال الدين بشيء مقبوض.

(٢) إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلاً استعاض به عن الشيء المستحق قام مقام الوفاء (م ٢٥٠) فلا يكون الوفاء بمقابل إلا حيث يعطى المدين لدائنه شيئاً يرتضيه بدلا من الشيء المستحق له أصلاً. ولا يكون بالاتفاق على مجرد إنشاء التزام جديد وإلا كان تمهيداً للالتزام لا وفاء بمقابل. وهو في الواقع تصرف مركب يجمع بين البيع والوفاء فتسرى عليه أحكام البيع وأحكام الوفاء (م ٣٥١).

عن ثمن لهذه العين المعينة، وفي هذه الصورة لا تبرأ الذمة ولا ينقضى الالتزام إلا إذا كان الدائن نفسه هو الذى قبل المقابل إذ ليس لوكيل الدائن فى استيفاء دينه أن يقبل المقابل.

أما إذا كان شخص مديناً بأجر منفعة أو عمل مثلاً فاتفق مع صاحب الدين على أن يبقى ماله من أجر فى ذمته على سبيل القرض على أن يكون بذلك قد وفى ما عليه من أجر، وبذا يكونان قد أنهيا الالتزام الأول وهو الوفاء بالأجرة بإحداث التزام آخر هو القرض، وهذا ما يسمى فى الاصطلاح القانونى بتجديد الالتزام^(١)، ومن هذا ما يجرى فى التعامل من اتفاق المؤجر والمستأجر على كتابة سند بدين حر بقيمة الأجر الذى على المستأجر (كميالة) يأخذه صاحب الحق على أن يبرئ ذمة المستأجر من دين الإيجار بسند مقابل (مخالصة).

ثالثاً، انتصاف الطائفة لنفسه،

يتفق الفقهاء على أن من وجد نفس حقه الذى له عند آخر مالا أو عرضاً وكان يماطله فى رده إليه فإن له أن يسترده منه ولو خفية إذا ظفر به استيفاء لحقه، أما إذا ظفر بجنس حقه لا بعينه فيرى الفقه الإسلامى فى الجملة جواز أخذه، استناداً إلى حديث هند المشهور لما شكت للنبي عليه السلام وقالت له إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينا ولولدها ما يكفيها فقال لها لاخذي ما يكفيك أنت ولولدك بالمعروف ولكنهم يختلفون فى بعض قيود أو اشتراطات. وينقل صاحب المغنى عن الفقهاء أنه إذا كان لرجل على غيره حق وهو مقر به لم يكن له أن يأخذ من ماله إلا ما يعطيه بلا خلاف بين أهل العلم فى ذلك، وأنه إن أخذ بغير إذنه وجب

(١) وهو الاتفاق على أن يستبدل بالدين القائم دين جديد يخالفه ويقوم مقامه. فلا بد من وجود دين قديم يحل محله دين جديد، وأن توجد فيه نية التجديد، وأن يتمتع الطرفان بالأهلية. وبترتب على تجديد الالتزام انقضاء الالتزام الاصلى بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد. وقد تناولت المواد من ٣٥٢ - ٣٥٨ كما تضمنت المواد (٣٥٩ - ٣٦١) إنابة المدين شخصاً أجنبياً فى الالتزام بالوفاء مكانه بموافقة الدائن.

رده إليه، وأما إذا كان مانعا من إعطائه وكان المنع يبحق كالتأجيل والإعسار فلا يجوز أيضاً بلا خوف، وأما إن كان مانعا بغير حق فإن قدر على استخلاصه بالحاكم أو السلطان لزمه اللجوء إليه، وإن لم يقدر لكونه جاحداً ولا بينة له أو لا يجيبه إلى المحاكمة أو نحو ذلك فالمشهور عند الحنابلة أنه ليس له أخذ قدر حقه وهو إحدى الروايتين عن مالك، وبعضهم يقول بالجواز استناداً إلى حديث هند السابق، وقالوا إن كان المقدور عليه من جنس حقه أخذ بقدره وإن كان من غير جنسه تحرى وأخذ، وقال الشافعي إنه إن لم يقدر على استخلاص حقه بينة فله أخذ قدر حقه من جنسه أو من غير جنسه، وإن كانت له بينة وقدر على استخلاصه ففيه وجهان، والمشهور من مذهب مالك أنه إن لم يكن لغيره عليه دين فله أن يأخذ بقدر حقه إن كان عينا ذهباً أو ورقاً من جنس حقه وإن كان عروضاً لم يجز، ويختار ابن قدامة المشهور من مذهب الحنابلة.

وقال صاحب البحر الرائق إن رب الدين إذا ظفر بجنس حقه من مال المدين على صفته، له أخذه بغير رضاه، وقال إنه لا يأخذ خلاف جنسه، ونقل عن الرازي أن له أخذ الدراهم في الدنانير وبالعكس، ويدخل في وحدة الجنس الأوراق المالية بعضها مع بعض ومع النقود والفلوس فإن الظفر بشيء من ذلك بدل الآخر يعتبر ظفراً بجنس الحق^(١).

ونقل صاحب الاختيار^(٢) في هذا المقام أنه لا يقطع بالسرقة من غريمه إذا سرق مثل ما له عليه لأنه استوفى حقه، وجاء مثل ذلك في ابن عابدين^(٣) وزاد عليه أنه لا فرق بين كون المدين المسروق منه معطلاً أولاً، خلافاً للشافعي.

(١) راجع لنا المقاصة في الفقه الإسلامي من ص ٦٥ - ٧٠.

(٢) ج ٣ ص ٦٥.

(٣) ج ٣ ص ٢١٧.

فإذا ظفر بمال مديونه، له الأخذ ديانة، بل له الأخذ من خلاف الجنس، وأطلق الشافعى أخذ خلاف الجنس أى من النقود والعروض، ونقل ابن عابدين^(١) عن شرح نظم الكنز أن عدم الأخذ من خلاف الجنس كان فى زمانهم لمطاوعتهم فى الحقوق، والفتوى اليوم على جوار الأخذ عند القدرة من أى مال كان.

وما نقله ابن عابدين من أن الأخذ عند الظفر جائز ديانة لا قضاء يتفق مع مذهب الشافعى وتبعه بعض الفقهاء فى أن ما ذكره النبی لهند كان تصرفاً بطريق الفتوى لا القضاء^(٢) بحجة أن النبی كان بالمدينة وأبا سفيان كان بمكة، والأصل فى القضاء ألا يكون على غائب.

وانتصاف المرء لنفسه كما يكون بين الأفراد بعضهم مع بعض يكون بينهم وبين الدولة، فلأن من له حق فى بيت المال وظفر بمال يرجع إلى ذلك البيت فله أخذه ديانة بطريق الظفر، كما نقل ابن عابدين الحنفى والمحلّى من فقهاء الشافعية^(٣)، ومسألة الظفر يعتبرها الأحناف من مسائل المقاصة^(٤).

والذى نراه بعامة فى هذا الموضوع أن من ظفر بجنس حقه من الماثل ليس له أن يأخذه إلا فى حدود ضيقة وهى أن يكون ذلك فى أسلوب مستور مأمون يتفق مع الكرامة بحيث لا يعرض نفسه للامتهان وحكم القضاء، فلأن القضاء لا يسمح بمباشرة أى تصرف لا يتفق مع أوضاع القانون كما أنه لا ينبغى إشاعة ذلك بين العامة حتى لا تشيع الفوضى ويتخذ ذلك ذريعة إلى ما لا ينبغى، وإنما فيما يبدو لنا أن ذلك إذا ستعمل يكون مقصوراً على أهل الصلاح وأرباب الحكمة.

(١) ج ٣ ص ٢١٨.

(٢) وفى هامش الفروق للقرافى ج ١ ص ٢٠٧، ٢٠٨: «لأن بعض الفقهاء وهو المشهور من مذهب مالك أن موضوع هند تصرف بطريق القضاء فلا يجوز لأحد أن يأخذ بجنس حقه إذا تعلد عليه أن يأخذه من الغريم إلا بقضاء قاض وحجتهم أنها دعوى فى مال على معين والفتوى من شأنها أن تكون فى مسألة عامة بخلاف القضاء»

(٣) راجع فى الموضوع جميعه للمؤلف المقاصة فى الفقه الإسلامى ص ٨٦ - ٨٩، وراجع المبسوط للسرخسى ج ٢٨ ص ٣٢.

(٤) راجع لنا المقاصة فى الفقه الإسلامى ص ٦٩.

وأبها، اتحاد الذمة،

وصورة ذلك أن يكون المدين هو الوارث الوحيد للدائن ثم يموت الدائن فيصبح الوارث مالكا للمدين، أو بعبارة أخرى يجتمع فيه صفتا دائن ومدين^(١) فيلزم انقضاء الالتزام لعدم الفائدة.

أما إذا كان المدين أحد الورثة أو بعضهم فإن اتحاد الذمة يكون بالنسبة للمدين دون الآخرين؛ وبذا فإن اتحاد الذمة لا يكون تاما وإنما هو على سبيل التبعض.

أما إذا كان المورث هو المدين وكان الدائن هو الوارث الوحيد أو أحد الورثة فإنه لا يتصور هنا اتحاد الذمة تبعاً لنظرة الفقه الإسلامى التى تجعل الدين بعد وفاة المدين يتعلق بتركته قبل التوريث وفى حدودها ولا يتعلق بالورثة، وبذا لا يتحقق اتحاد الذمة إذ الالتزام يتعلق بالتركة والحق يتعلق بالدائن وهما متغايران.

وتنص المادة ١/٣٧٠ من القانون المدنى على أنه إذا اجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد انقضى هذا الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة^(٢).

خامساً، المقاصة،

وهى فى عرف الاحناف تغيد المساواة والمائلة، وفى الفقه المالكى إسقاط مالك من دين على غريمك فى نظير مال عليك، وقيل إنها إسقاط بعوض، والمقاصة فى الواقع هى الطريقة الوحيدة التى يمكن قضاء الديون بها، ولا يمكن أن تقضى بسواها.

(١) وهو من هذا الوجه يشبه المقاصة، إلا أنهما يفترقان من حيث إنه يقع اجتماع الصفتين هنا بالنسبة إلى دين واحد، وفى المقاصة فإن الشخص يكون دائناً ومديناً فى دين آخر كما سيأتى.

(٢) وهذا النص وإن أفاد بعمومه وقوع اتحاد الذمة إما فى شخص المدين وإما فى شخص الدائن إلا أن نظام الإرث عندنا وهو من نظم القانون العام يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية وهى كما قلنا تقضى بأنه لا تركة إلا بعد سداد الدين فلا يتعلق الدين بلزمة الورثة فلا يتصور اتحاد الذمة.

محل المقاصة، الأصل فى المقاصة فى شريعتنا والشرائع الأخرى أنها لا تكون إلا فى دينين من الجانبين، غير أن الأحناف صرحوا بحصولها بنفسها دون طلب بين عين ودين كما إذا اشترى شخص من آخر ديناراً بعشرة دراهم وكان البائع مدينأً بعشرة دراهم للمشتري، وقبض المشتري الدينار وقعت المقاصة، وذكروا عدة صور فى كتبهم للدلالة على وقوع المقاصة بين الدين والعين، ولكننا خالصنا فى بحثنا «المقاصة فى الفقه الإسلامى» إلى أن المقاصة فى هذه الصور وقعت فى الحقيقة بين دينين من جنس واحد^(١).

ومع هذا فإنه يجوز التقاص بين العين والدين عند اتفاق صاحبي الحقيين ولا كلام فى هذا، وكان مقتضى كون المنافع أموالاً عند غير الأحناف وأنها تثبت ديناً فى الذمة أن تثبت فيها المقاصة ولكنى لم أجد أحداً منهم تكلم عن ذلك^(٢).

أنواع المقاصة،

١ - جبرية، تقع بنفسها دون طلب أحد، وصورتها أن يثبت لشخص على غريمه مثل ماله عليه من الدين جنساً وصفة وحلولا فيساقط الدينان إن كانا متساويين فى المقدار، وإن تفاوتتا فى القدر سقط من الأكثر بقدر الأقل وبقيت الزيادة، فإذا اقترض شخص من آخر نقوداً أو شيئاً مما يثبت ديناً فى الذمة ثم باع لدائنه متاعاً بشمن معجل من جنس الدين الذى عليه، وقعت المقاصة فى هذين الدينين بمجرد ثبوت الدين الثانى جبراً عليهما ولا تتوقف على تراضييهما ولا على

(١) راجع لنا المقاصة فى الفقه الإسلامى بحث مقارن من ص ١٤ - ١٩.

(٢) كما تناولنا فى كتابنا المذكور الكلام عن المقاصة فى المحقوق المجردة كالمقاصص والحدود والتعزيرات، وأشارت إلى أنى لم أقف على شئ يتعلق بالمقاصة فى الجرائم فى التشريعات الوضعية إلا قدراً يسيراً فى التشريع الألمانى طبقاً للمادتين ١٩٩، ٢٢٣ فأرجع إليه فى ذلك ص ١٩ - ٢١.

طلب من أحدهما ما دامت قد استوفت شروطها^(١)، ومن هذا النوع الحسابات الجارية فى المصارف «فما يدفعه صاحب الحساب للمصرف ليس وديعة بالمعنى الحقيقى إذ هو وديعة مأذون فى خلطها بغيرها، وباستهلاكها تكون قرضاً، وما يأخذه المودع من المصرف ليس من عين حقه وإنما هو أشبه شىء بالقرض ويكون كل من المودع والمصرف دائناً للآخر ومديناً له فتحصل المقاصة الجبرية دون طلب كلما تجدد الإيداع والأخذ، وهذا هو المنهج السليم والذى يسير عليه الناس بمقتضى الفطرة. فإذا كان لك عند آخر مائة جنيه ثم وجب له عندك خمسون. فإنا لا تطالبه إلا بخمسين، وليس له هو فى ذمتك شىء لوقوع المقاصة الجبرية بين الدينين، ولذا فقد قال بها الأحناف والشيعة الإمامية وهو المشهور فى مذهب أحمد^(٢)».

(١) القائلون بالمقاصة الجبرية هذه يشترطون أربعة شروط:

الأول: تلاقى الحقين أى اجتماع الدينين فى حيز واحد أى لشخص باعتبارين بأن يكون شخص مثلاً مدينًا لآخر بدين والثالث على الدائن دين مماثل فأحال الدائن الأول دائته على مدينه فإن المقاصة تقع جبراً دون طلب ما دامت باقى الشروط مستوفاة.

الثانى: تماثل الدينين جنساً ونوعاً وسائر الأوصاف التى يعتد بها فى باب المقاصة والتى يكون لاختلافها اختلاف فى القيمة والانتفاع.

الثالث: انتفاء الضرر فإذا كان يترتب على وقوعها ضرر لأحد الطرفين أو لغيرهما لم تقع المقاصة فالمرأة التى عليها دين من جنس واجب نفقتها لم يحتسب به مع عسرتها لأن قضاء الدين إنما يكون مما فضل عن النفقة.

الرابع: ألا يترتب عليها محظور دينى وقد بينا هذه الشروط بياناً وافياً فى كتابنا المقاصة فى الفقه الإسلامى بحث مقارن. مطبعة الفجالة الجديدة سنة ١٩٥٦ ص ٣٠ - ١٠٦ والمنشور بمجلة القانون والاقتصاد فى العدد الأول سنة ١٩٥٨ من السنة الثامنة والعشرين والعدد الرابع من السنة التاسعة والعشرين.

(٢) ولا يرى المالكية هذا النوع من المقاصة، وهو محل تفصيل عند الشافعية، وللشرائع الوضعية فى المقاصة وجهتان: الوجهة اللاتينية ترى وقوع المقاصة الجبرية تلقائياً بنفسها، أما الوجهة الجرمانية فإنها لا ترى وقوع المقاصة إلا إذا طلبها أحدهما، انظر لنا المقاصة فى الفقه الإسلامى حيث بينا ذلك تفصيلاً.

٢ - المقاصة الجبرية الطلية: ونعنى بها المقاصة التى يطلبها أحد المتدينين وبأياها الآخر، فهى جبرية بالنسبة لمن يطلبها، وطلية بالنسبة لمن طلبها، والشافعى وأحمد فى أحد أقوال منسوبة لهما، يريان وقوعها بطلب أحد المتدينين إذا اتفق الدينان فى الجنس والحلول وسائر الصفات، ويسقط الدينان أو بقدر الأقل منهما. لأن من عليه الدين يؤديه من حيث يشاء، وإذا رضى أحدهما بالمقاصة فقد أدى ما عليه بماله فى ذمة الآخر، لكن الأحناف من القائلين بوقوع المقاصة الجبرية بنفسها صرحوا بأنه إذا تخلف شرط هو حق لأحد الدائنين كالاختلاف فى الجودة أو الحلول أو القوة، وترك صاحب الحق حقه فى الجودة والقوة والاجل وأصبح الدينان متساويين فيلتقيان قصاصاً بنفسهما والطلب فى الواقع لا قيمة له إلا من ناحية أنه ينطوى على إسقاط الحق الذى كان مانعاً من وقوع المقاصة الجبرية بنفسها، أما الإمامية فإنهم وإن قالوا بالمقاصة الجبرية بنفسها فإنهم لا يرونها عند اختلاف الدينين فى أى وصف إلا اتفاقية^(١).

المقاصة الاتفاقية، وواضح أن هذه لا تكون إلا برضاء الطرفين، واتفاقهما على أن يسقط كل من الدينين فى مقابل الآخر، وفى أحد الأقوال المنسوبة للشافعى وأحمد أن المقاصة لا تقع إلا اتفاقية وهو أحد قولين فى الفقه المالكي، وواضح أن الأحناف والإمامية يجيزونها بالأول، غير أن المالكية يجيزونها وإن اختلف الجنس أو الوصف، بينما الأحناف لا يرونها إلا عند اختلاف شئ من ذلك وإلا فهى جبرية، وعند الشافعية تفصيل عند^(٢) اختلاف الجنس، على أن القائلين بوقوعها بالاتفاق رغم اختلاف الدينين يشترطون جميعاً ألا يترتب عليها محذور شرعى.

(١) راجع لنا المقاصة من ص ١٠٧/١١٥ هذا ولم تعرض متون القوانين للمقاصة الجبرية عند تخلف شرط من شروطها، وقد عقد المرحوم فتحى رغلولى فى شرحه للقانون المدنى فرعاً للمقاصة الطلية الختمة.

(٢) هذا وقد بنا المقاصة الاتفاقية فى كتابنا المقاصة من ١١٦ - ١١٩، وفصلنا القول عن المحذور الشرعى الذى يترتب عليه بطلان المقاصة عند الكلام عن المقاصة التى لا تجوز من ١٢٢ - ١٢٤: هذا وشرح القانون الوضعى يسمونها بالمقاصة الاختيارية، ويجيزونها بين دينين ليسا من نوع واحد، وبين دينين أحدهما مؤجل أو متنازع فيه، وبين دين وديعة، فهى عندهم جائزة حتى إن كان سبب أحد الحقين غير مشروع إذ مع الاتفاق لا يكون من انتصاف المرء لنفسه.



هذا وطبيعة كل من المقاصة والقضاء فى نظر الفقه الإسلامى تأبى أن تكون هناك مقاصة قضائية^(١) يوجد لها القاضى إذ قضاؤه بالجبرية التلقائية أو الطلية قضاء مظهر بأن هناك مقاصة وقعت وترتب عليها أثرها، فهو بقضائه لم ينشئ مقاصة، وعند اختلاف الدينين لا يملك القاضى إحداث مقاصة لأنها عبارة عن معاوضة^(٢) وهو لا يملك ذلك ما لم يتفقا.

حكم المقاصة: نقصد بالحكم هنا الأثر المترتب عليها، وهو سقوط الدينين أو الأقل منهما كما يرى المالكية والشافعية والحنابلة والإمامية، فالذمة عندهم تبرأ بالمقاصة براءة إسقاط لا براءة مطالبة فحسب، أما الأحناف فإنهم يرون أن الذى يسقط بالمقاصة هو المطالبة لا نفس الدين الذى يبقى معها شاغلا للذمة.

وعلى رأى الأول يكون الإسقاط فى المقاصة ممتازاً عن سائر الإسقاطات بأن فيه معنى الوفاء فهو إسقاط بعوض ولذا فإنه يمكن القول على هذا بأن المقاصة من الإسقاطات التى فيها معنى الوفاء.

(١) ويقول شراح القانون إن المقاصة القضائية هى التى يطلبها أحد الطرفين أمام المحكمة فى غير أحوال المقاصة الحتمية، ويكون للقاضى حق النظر فيها، بشرط ألا يكون هناك ضرر على الطرف الثانى، وألا يحتاج تقدير حق المدعى عليه إلى إجراءات خاصة كالتحقيق أو تعيين خبير - راجع لنا المقاصة فى الفقه الإسلامى ١٢٠ - ١٢١.

(٢) أما المقاصة الجبرية (التلقائية والطلية) فإنها ليست من المعاوضات الخالصة. إذ المعاوضات لا تكون إلا عن تراض من الطرفين، أما الاتفاقية فهى عقد معاوضة لا محالة ويمكن تسميتها فى التقنين صرفاً، وفى غيرهما بيعاً، ويمكن اعتبارها إسقاطاً بعوض وليست مقاصة فى الحقيقة.

المطلب الثانى

انقضاء الحق دون وفاء

أولاً، الإبراء والإسقاط.

أما الإبراء: فصورته أن يكون لك فى ذمة بعض الناس مبلغ من المال كضمن مبيع أو دين قرض فتبرئه منه كله أو بعضه فينتهى بذلك التزام المدين بالمدين كله أو بعضه على حسب ما وقع من الإبراء لفراغ ذمته بالبراءة.

وظاهر المذهب المالكى أن القبول شرط لصحة الإبراء، أى أن الإبراء يتوقف على قبول المدين^(١) لأنه من قبيل تمليك ما فى الذمة فيستقر إلى القبول كما إذا ملكه عيناً بالهبة، ولأن المنة قد تعظم فى الإبراء فكان متوقفاً على قبوله فلا ينتهى التزامه إلا بموافقة وقبوله، ويقول بعض الفقهاء ومنهم الأحناف إنه لا يتوقف على قبول لأنه من قبيل الإسقاط كالطلاق والعناق والرجعية ونحوها، والإسقاط لا يفتقر إلى قبول^(٢). وقد اتجهت مجلة الأحكام العدلية فى المادة ٥٦١ إلى أنه لا يتوقف على قبول ولكنه يرتد بالرد طبقاً للمذهب الحنفى، فعدم توقفه على القبول مبنى على اعتباره إسقاطاً وارتداده بالرد روى فيه أن المبرأ قد تلحقه منة من المبرئ لا يريد أن يتحملها لكنهم اشترطوا أن يكون الرد قبل القبول إذ به يسقط الحق والساقط لا يعود، وعلى هذا فإن المدين إذا لم يقبل الإبراء طبقاً للمذهب المالكى أو رده طبقاً للمذهب الحنفى فإن الإبراء يسقط إذ لا يملك أحد أن يدخل فى ملك الغير شيئاً دون رغبته، غير أن الكفيل والمحال عليه لا يستطيعان رد الإبراء لأن الإبراء ليس لهما ولا يتوقف على قبولهما.

(١) راجع الفروق للقرافى ج ٢ ص ١١٠ - ١١١.

(٢) لأن فيه معنى التمليك من وجه والإسقاط من وجه إلا فى بدل الصرف والسلام فإنه يتوقف على القبول إذ الإبراء فيهما فسخ عقدهما - راجع الأشياء والنظائر لابن نجيم.

وعبارة الكمال في الفتح تشعر بأن الإبراء لا يختص بما في الذمة وإنما يكون أيضاً من الدعوى ومن الكفالة وهما حقان ثابتان لصاحبهما قبل الغير ولكن لا يمكن أن يقال إنهما ثابتان في ذمته.

ويقول القرافي^(١) «إن الإسقاط إما بعوض كالتخلع والصلح على الدين فيسقط الحق ولا ينتقل إلى الباذل ما كان يملكه المبدول له من العوض» وإما بغير عوض كالإبراء من الديون والقصاص والطلاق وإيقاف المساجد ونحوها، وفي هذا القسم يسقط الحق الثابت ولا ينتقل لغير الأول، وفي الدر المختار^(٢) «إن البراءة تارة تكون براءة إسقاط وهذه تسقط الدين عن الذمة وتارة تكون براءة استيفاء وتكون بالإقرار بأنه استوفى حقه».

وقد يتشكل الإبراء في صورة صلح أو هبة، أما الصلح فلا يكون إلا إبراء جزئياً إذا كان كل من المصالح عنه وبه من جنس واحد، ويكون وفاء بمقابل إذا اختلف الجنس، وأما الهبة فتكون بأن يهب الدين للمدين ولا تصح هبة الدين لغير المدين على ما بيناه في الحوالة، وإنما أدخلوا هبة الدين في الإبراء اعتباراً بمعناها دون لفظها.

ولا يصح الإبراء إلا بعد وجود الدين ولو احتمالاً، فللكفيل أن يبرئ الأصيل ولو لم يعرف بعد ما كفله، وكذلك للموثر أن يبرئ من الأجرة التي تستحق إذا حصل الانتفاع، ولا يجوز الإبراء عن دين لم يوجد^(٣).

والإبراء قد يكون خاصاً من شيء بعينه وقد يكون عاماً من كل حق مالي قبل المبرأ^(٤) من قبل الإبراء، ويدخل في هذا العموم دعوى الدين والعين وإن كان

(١) الفروق ج ٢ ص ١١٠، وتهذيب الفروق بهامشه ج ٢ ص ١٣٥ - ١٣٦.

(٢) مطبوع بهامش ابن عابدين ج ٤ ص ١٨ وقد أطال في ذلك فارجع إليه، ويبدو أن التي تشكل في صورة الصلح هي براءة الاستيفاء وأن التي تشكل في صورة الهبة هي براءة الإسقاط.

(٣) وفي جامع الفصولين ج ٢ ص ٤ «ولو قال كل حق يجب لي عليك فقد أبرأتك منه لا يصح وكلها إضافة الإبراء إلى ما يجب في الزمان الثاني».

(٤) الأدلة الأصلية شرح مجلة الأحكام العدلية ج ٣ المواد ٢٠٢، ١٥١٤، ١٥٦٥.

الإبراء من نفس العيين ليس مشروطاً بخلاف الدعوى فهو إسقاط حق المطالبة بها^(١).

والجهالة في الدين لا تمنع صحة الإبراء، ولو أبرأه من كل حق له عليه ولم يعلم بما عليه برىء قضاء لا ديانة عند محمد، وقال أبو يوسف إنه يبرأ ولكنهم قالوا لا بد من تعيين الشخص المبرأ بحيث إذا قال كل من لى عليه دين فهو برىء منه لا يبرأ غرضاً من ديونه، وإذا لا بد أن يكون المبرأ معيناً إذ لو كان الشيء المبرأ منه ديناً فإنه لا بد من معرفة الدمة التي تتعلق بها هذا الدين، وإذا كان عيناً فالمعروف فقهاً أن الإبراء يكون من المطالبة لا من الدين نفسه، والمطالبة إنما تتجه إلى أصحاب اللزم^(٢).

وعلى القول بأن الإبراء ليس تمليكا وإنما هو إسقاط فإنه لا يشترط أهلية المبرأ، ومع هذا فعلى القول بأن الإبراء تمليك فإن أهلية المبرأ لا تشترط أيضاً لأن هذا تصرف نافع للمبرأ وليس فيه ضرر بماله فيصح، وقالوا إنه يجوز إبراء الميت من دينه فتسقط المطالبة عن تركته إن كان مليئاً وتبرأ ذمته إن كان مفلساً.

وإبراء المريض مريض موت لمدينه في القدر الذي يخرج على أنه وصية سواء كان المدين وارثاً أو غير وارث^(٣). وأخيراً الإبراء إذا تم فإنه لا يقبل الفسخ من جهة المبرىء^(٤).

(١) المصدر السابق ج ٣ ص ٢٠٣، ورد المختار وابن عابدين ج ٤ ص ٥٢١ (الإبراء عن الأعيان باطل).

(٢) وفي العمادة من الفقيه أبي الليث أنه قال «إبراء جميع الغرماء صحيح» راجع كفاية المتخصصين لآستاذنا الشيخ السهوري ص ١٢٩.

(٣) إذ قانون الوصية قد أجاز الوصية للوارث في حدود الثلث دون توقف على إجازة أحد مخالفاً ما كان عليه العمل طبقاً للمذهب الحنفي من توقف الوصية للوارث على إجازة الورثة ولذا فإن الحكم في هذه المسألة بالنسبة للوارث على المذهب الحنفي أن صحة الإبراء تتوقف على إجازة الورثة وبالنسبة لمن لا يميزون الوصية للوارث مطلقاً فإنهم يطلبون إبراءه للوارث.

(٤) غير أنه يحتمل الفسخ من جهة الشرع كما إذا تباعها داراً وتم التناقص وأبرأ كل منهما الآخر من كافة الدعاوى المتعلقة بالثمن أو السلعة ثم استحق المبيع فلا يكون للإبراء تأثير ويسترد المشتري الثمن الذي كان أعطاه للبائع. المادة ١٥٦٦ من مجلة الأحكام العدلية.

وأما الإسقاط، فالأصل عند الحنفية أن الذي يسقط بالإسقاط هو حق المالك، وإن الحق قبل وجوبه لا يقبل الإسقاط وأن إسقاطه ليس إسقاطاً على الحقيقة وإنما هو امتناع عن الحق في المستقبل، فهو مجرد وعد فأشبهه العاريه فلا يلزم^(١) ونقل عن المالكية خلاف في هذا^(٢)، وقول المقرر لا حق لى على فلان، أولاً خصومة لى قبله لا يعتبر إسقاطاً وإنما هو إخبار إذ الإسقاط كما قلنا هو إزالة الحق القائم.

ومن أنواع الإسقاطات: إسقاط ملك الرقبة كما في العتق وإسقاط ملك منفعة البضع كما في الطلاق، وإسقاط ما في الذمة وهو الإبراء، وإسقاط ملك القصاص وهو ما يسمى عفواً، ويلزم الإسقاط بمجرد حصوله فلا يتوقف على قبول^(٣) ولا يرتد بالرد^(٤) ولا يقبل الفسخ، لأن الساقط متلاش ولذا قالوا إن الساقط لا يعود^(٥).

ومن الاسقاط ما هو إسقاط خالص كالطلاق المجرد وتسليم الشفيع الشفعة، ومنه ما هو إسقاط من وجه وتمليك كالإبراء، ومنه ما صاحبه التملك كالطلاق والعفو عن القصاص نظير مال.

(١) والتطبيق المضاف إلى الملك الإسقاط فيه لم يحصل إلا عند ثبوت الملك، غاية الأمر أن سبب الإسقاط هو الذي وجد قبل ثبوت الحق. راجع لنا المقاصة في الفقه الإسلامي ص ١٥٤ - ١٥٥.
(٢) وقد أفاض الخطاب في ذلك في خاتمة كتابه تحرير الكلام في مسائل الالتزام ونقل نظاماً في هذا الخلاف نكتفي بذكر بيت منه:

وإسقاط حق المرء قبل وجوبه حكى فيه خلفا أهل مذهب مالك

وراجع لنا في ذلك المقاصة في الفقه الإسلامي ص ١٥٦.

(٣) إلا إذا كان فيه معنى الفسخ لعقد ثابت بأن كان في صرف أو سلم أو كان قد صحبته معاوضة صحيحة كالطلاق على مال.

(٤) إذا كان لا يتضمن تمليكا كالطلاق المجرد وإسقاط الشفيع حقه في الشفعة وإسقاط من له الخيار حقه في الخيار، وإلا فإذا كان يتضمن تمليكا فإنه يرتد بالرد قبل القبول أو ما في معناه إذ لا يستطيع أحد أن يدخل شيئاً في ملك الغير رغماً عنه.

وقد يكون الإسقاط آتياً من طريق الصلح^(١) فإذا كان قد صاحب الصلح إبراء عن الباقي برئ قضاء وديانة وإذا كان لم يصاحبه إبراء لكن صحبه إنكار للحق برئ منه قضاء لا ديانة، والذي يسقط بالصلح في الواقع هو حق الادعاء والمطالبة به قضاء لا نفس الحق^(٢).

والإسقاط لا يتجزأ إذا كان محله لا يقبل التجزئة كالطلاق والعفو عن القصاص إذ لا يتصور أن يطلق الرجل من روجه جزءاً منها دون جزء كما لا يتصور العفو عن القصاص من جزء القاتل دون جزء، أما إذا كان المحل يقبل التجزئة كالإبراء من الدين فإن له أن يسقط بعض الحق أو كله، وكحق الشفعة فإنه يقبل التجزئة كما إذا صالح المشتري على أن يأخذ نصف المبيع بحصته أو يطلب الشفعة في حصة أحد المشتريين دون الآخر^(٣).

وقد أشرنا قبل ذلك عند الكلام عن نظرية الحق إلى الحقوق التي تقبل الإسقاط والحقوق التي لا تقبل ولا داعي للتكرار.

هذا وقد تناول القانون المدني المصري انقضاء الحق بالإبراء في المادتين (٣٧١ - ٣٧٢) فجعل الإبراء تعبيراً عن الإرادة يصدر من جانب واحد ويرتب آثاره متى

(١) الهداية والحانية وغيرهما من كتب الفقه في باب الصلح.

(٢) وفي رد المحتار ج ٤ ص ٥٢١ «ما تضمنه الصلح من الإسقاط ليس إبراء من كل وجه وإلا لم يحتاج لقوله أبرأتك عن البقية» وفي الحنانية لو ادعى على رجل ألفاً وأنكر المدعي عليه فأراد أن يصالحه على مائة فقال المدعي صالحتك على مائة درهم من الألف التي لي عليك وأبرأتك عن البقية جاز ويبرأ المدعي عليه من الباقي قضاء وديانة، وإن قال صالحتك من الألف على مائة ولم يقل وأبرأتك عن الباقي برئ المطلوب من الباقي قضاء ولا يبرأ ديانة» وفي موضع آخر يقول «رجل غضب من رجل ألفاً وأخفاها وغيبها فصالحه المالك على خمسمائة فأعطاه الغاصب من تلك الألف أو من غيرها جاز الصلح قضاء وكان على الغاصب رد الباقي ديانة، وإن كانت الدراهم في يد الغاصب حيث يراها المالك ويجعلها الغاصب فكذلك الجواب، لأن المجعود بمنزلة المستهلك فيجوز الصلح بطريق الإسقاط، فإن وجد المغضوب منه بيعة بعد ذلك فأقامها يقضى له ببقية ماله».

وراجع في الموضوع كفاية المتخصصين لاستاذنا السهوري.

(٣) راجع لنا الفقه الإسلامي في الشفعة.



لم يردده المدين، فهو بهذا يتجه وجهة الفقه المالكي من أنه يتوقف على القبول ولذا فإن المادة (٣٧٢) تقرر أن الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع تسرى على الإبراء، كما اتجه أيضاً إلى أن الإبراء في مرض الموت يعتبر وصية لا تنفذ فيما راد على الثلث إلا بموافقة الورثة، كما أجاز الرجوع في الإبراء وفقاً لأحكام المادة (٥٠٠) ولم يشترط في الإبراء أن يتخذ شكلاً خاصاً لأنه ليس هبة صريحة وإنما هبة غير مباشرة، والقانون أن الالتزام ينقضى به وتبرأ ذمة المدين منه كما تنقضى كل توابع الدين فتبرأ ذمة الكفيل أيضاً.

ثالثاً: استحالة التنفيذ.

ينقضى الحق أيضاً عند استحالة تنفيذه كما إذا مات المدين معسراً إذ لا تركة له يستوفى منها الدين، وقد عرفت أن الفقه الإسلامي يعلق الدين بتركة المتوفى ولا يلزم الورثة به، وكذا إذا هلك محل الالتزام دون تعد أو تقصير بأن كانت داراً فهدمت أو دابة فهلكت أو سيارة بعينها فحطبت أو أرضاً فسبخت أو طفت عليها مياه البحر فإن الالتزام في كل هذا ينقضى لا محالة لاستحالة تنفيذه. وقد قلنا^(١) إن العين إذا هلكت أو تعيبت في يد المستأجر مثلاً بعد انتهاء مدة انتفاعه واحتباسه لها رغم تمكنه من ردها فإنه يكون مسئولاً عن التعويض، وكذا إذا حدث نتيجة تعد أو تقصير.

وقد تناول القانون في المادة ٣٧٣ موضوع استحالة التنفيذ واشترط فيها لانقضاء الالتزام بهذا السبب أن يكون السبب أجنبياً لا يد للمدين فيه، أما إذا كان بخطأ المدين فإن الالتزام يبقى في صورة جديدة هي الالتزام بالتعويض. كما أنه يسأل عن التعويض أيضاً إذا كان قد قبل تحمل تبعة القوة القاهرة^(٢).

(١) راجع ما قلناه قبل.

(٢) راجع أحكام الالتزام للدكتور محمد سامي مذكور ص ٢٠٦.

هذا هو ما ينقضى به الالتزام دون وفاء فى الفقه الإسلامى، غير أن القانون قد أضاف عاملاً آخر هو التقادم إذ اعتبره طريقاً لاكتساب الحقوق (التقادم المكسب المواد من ٩٦٨ - ٩٧٥) وطريقاً للتخلص منها (التقادم المسقط وتناول ذلك فى المواد من ٩٩٨/٩٩٥) والمادتان ١٠١١، ١٠٢٧ وبعض مواد أخرى متفرقة تناولت التقادم المسقط للحقوق العينية لعدم استعمالها أما التقادم المسقط للحقوق الشخصية (الالتزامات) فقد تناولته المواد من ٣٧٤/٣٧٨ ومدة التقادم هنا تختلف باختلاف الحقوق فقد تكون سنة أو ثلاث سنوات أو خمس عشرة سنة.

والواقع أن الفقه الإسلامى لا يعتبر التقادم سبباً من أسباب الملك ولا سبباً مسقطاً له اللهم إلا ما قاله بعض العلماء بالنسبة لمن استولى على أرض موات وبعد إحيائها تركها حتى عادت غير صالحة للانتفاع بها فإنهم قالوا إن ذلك الترك والإهمال مسقط لحقه فيها وتعود مواتا كما كانت^(١).

فالأصل فى الفقه الإسلامى أن الحق لا يسقط ولا يزول إلا بسبب من الأسباب الناقلة للملكية التى ذكرناها، وليس منها التقادم وقد بينا أيضاً أن الأصل عند الحنفية أن الذى يسقط بالإسقاط هو الحق فى المطالبة والادعاء لا الملك، فالالتزام يسقط بمضى المدة^(٢).

وكل ما فى الأمر أن متأخرى الفقهاء قالوا إن لولى الأمر أن يمنع القضاة من سماع بعض الدعاوى على ما بيناه فى موضعه^(٣)، فأصدر ولاية الأمر أمراً عاماً بعدم الدعى بحق تقادم عليه الزمن أكثر من خمس عشرة سنة مع إنكار الحق. وعدم العذر المانع من الادعاء درءاً للفساد ومنعاً لدعاوى الزور، على أنهم

(١) راجع لنا الفقه الإسلامى عند الكلام على الأرض الموات والصيد إذا تركه المصاد.

(٢) وهناك قول مهجور أشرنا إليه فهل يفيد أن حكم القاضى ببطالان الحق بمقتضى المدة استناداً إلى من قال أن صاحب الحق إذا لم يخاصم ثلاث سنين وهو فى المصر بطل حقه فى هذا الحكم ينقض لأنه يسند إلى قول مهجور، وسيأتى الكلام عن أثر التقادم فى الدعاوى الجنائية.

(٣) راجع ما قلناه قبل عند الكلام عن القضاء.



فی الإرث والوقف لا یسقط بالتقادم إلا بثلاث وثلاثین سنة مع الإنکار وعدم العذر وقد نصت علی ذلك المادة ٣٧٥ من القانون ٧٨ لسنة ١٩٣١ ، وتحديد هذه المدة أمر اجتهادی علی ما ذكرنا^(١).

والفرق بین موقف القانون وموقف الفقہ الإسلامی من التقادم أن الأول یقف منه موقفاً إيجابياً فیعتبره سبباً من أسباب الملكية ویقضى علی أساسه بثبوت الملك لشخص وسقوط الآخر فیہ، أما الفقہ الإسلامی فهو حتی رغم التقید بعدم سماع هذه الدعاوی فإن موقفه سلبي لا یثبت ملكاً ولا یسقط حقاً. وإنما یقول للمدعی إني لا أسمع منك دعواک لأن الظاهر یدل علی أنك لست جاداً ولا صادقاً إذ لو كنت محقاً لما انتظرت هذه المدة دون المطالبة بحق مع القدرة علی ذلك ومع أن الخصم ینکر علیک هذا الحق. وفرق بین الموقف الإيجابي الذي یصدر حکماً فی الموضوع والموقف السلبي الذي لا یقبل النظر فیہ.

وبذا نكون قد انتهینا من الکلام عن نظریة العقد بالقدر الذي یسمح به الوقت والدرس ووفاء بما ذكرنا فی مقدمة الکتاب ستناول موضوع الجرائم والعقوبات فی الإسلام بإعطاء مجرد فكرة عامة عنها نبین فیها أساس نظریة الفقہ الإسلامی إليها دون الدخول فی التفاصيل.

(١) انظر ما قلناه قبل فی موضعه بالهامش.

الجرائم والعقوبات

فی الفقہ الاسلامی

تمهید تاریخی:

وجدت الجرائم منذ العصر الأول للإنسان^(١) فوجدت معها عقوباتها منذ وجود الإنسان جزاء للمجرم على جرمه ردعاً له ورجعاً لغيره. وأول مخالفة هي ما حدثت من الإنسان بالاعتداء الذي صدر منه وزوجه بالاكل من الشجرة وقد نهاهما الله عن ذلك بقوله^(٢). ﴿يا آدم اسكن أنت وزوجك الجنة فكلا من حيث شئتما ولا تقربا هذه الشجرة فتكونا من الظالمين﴾ فلما ذاق الشجرة بدت لهما سوءاتهما، ثم أخرجهما الله من الجنة عقاباً لهما على هذه الخطيئة، ويقول الله في هذا أيضاً^(٣) ﴿وقلنا يا آدم اسكن أنت وزوجك الجنة وكلا منها رغداً حيث شئتما ولا تقربا هذه الشجرة فتكونا من الظالمين﴾ فأرلها الشيطان عنها فأخرجها مما كانا فيه وقلنا اهبطوا بعضكم لبعض عدو...﴾

وقد كانت العقوبات في القرون الأولى تعتبر حقاً شخصياً لأنهم كانوا يرون الجريمة قسمين: عامة وخاصة وإن من الجرائم الخاصة ما يقع على الفرد من اعتداء في نفسه أو ماله^(٤). وقد كان أساس العقاب في العصر القديم حق الانتقام الفردي، وللمجنى عليه أن يلجأ إلى استعمال حقه بالكيفية التي ترضيه إذ لم يكن هناك قانون منظم لاستعمال هذا الحق، وكثيراً ما كان هذا يؤدي إلى حرب قبلية تبعاً للمبالغة في استعمال هذا الحق والتغالي في الانتقام والأخذ بالثار.

(١) بل وجدت كما يحدثنا القرآن قبل ذلك إذ يقول الله تعالى في سورة الاعراف، الآية ١١ وما بعدها ﴿ولقد خلقناكم ثم صورناكم ثم قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس لم يكن من الساجدين﴾ قال ما منعك ألا تسجد إذ أمرتك، قال أنا خير منه خلقتني من نار وخلقته من طين﴾ قال فاهبط منها فما يكون لك أن تتكبر فيها فاخرج إنك من الصاغرين...﴾ الآية.

(٢) سورة الاعراف ج ٨ آية ٢٢/١٩.

(٣) سورة البقرة ج ١ آية ٣٦/٣٥.

(٤) مبادئ القانون الروماني للأستاذين الدكتور بدر والدكتور البدر، ص ٤٨٤.

هذا وإن كان شائماً معروفاً قديماً عند العبرانيين واليونان القدماء، والرومان والجرمان، فإن العرب في الجاهلية كانوا يسرفون في الأخذ بالثأر إذ كان واجباً عندهم، وقد اتصفت العقوبات عندهم بالقسوة والتشفي ولم تكن متحدة وإنما تتفاوت حسب تفاوت الأشخاص، وذلك لأن سلطان القوة المستندة إلى قوة العضل والعصية هو الذي كان سائداً^(١).

وقد تعدى العقوبة الجاني نفسه إلى قبيلته إذا لم تتخل عنه، بل كانوا في بعض الأحيان ينظرون إلى الجاني نفسه بالاحتقار، ولا يرون فيه صلاحية ليكون عوضاً فيأخذون بثأرهم من رأس في أسرته أو قبيلته. وقد روى^(٢) «أن واحداً قتل شخصاً من أشرف العرب فاجتمع أقارب القاتل عند والد المقتول يسألونه ماذا يريد مقابل حياة ابنه؟ فقال: إحدى ثلاث: إما أن تحيوا ولدي، أو تملئوا داري من نجهوم السماء، أو تدفعوا إلى جملة قومكم حتى أقتلهم ثم لا أرى مع ذلك أني أخذت عوضاً».

وقد تضعف أسرة القاتل عن الأخذ بالثأر لضعف أو بطش أسرة القاتل أو لوساطة تعمل لحقن الدماء فيتم التصالح على شراء حق الانتقام وهو ما يسمى بدل الصلح عن الجريمة LA COMPOSITION أو الدية كما يسميه العرب، وقد كان الصلح على مال جائزاً عند العرب في الجاهلية في القتل والجروح دون القصاص أو توقيع عقوبة| أما عند اليهود فقد كان جائزاً في الجروح دون القتل بجميع أنواعه، وأما عند اليونان القدماء فقد كان جائزاً في جميع الأحوال، وكذلك عند الرومان، وإن كان قانون الألواح الاثني عشر قرر فيما بعد مبدأ القصاص إلا أنه لم يلجأ إليه إلا بعد الفشل في الصلح. أما الجرمان فإن قاعدة شراء حق الانتقام عندهم أصبحت هي القاعدة دون الانتقام^(٣).

(١) القصاص في الشريعة الإسلامية للدكتور محمد أحمد إبراهيم ص ٦.

(٢) الفخر الرازي ج ٢ ص ١٤٩.

(٣) الدية في الشريعة للدكتور علي صادق أبو هيف ص ١٤.

غير أن الجرائم الخاصة التي أشرنا إليها عند الرومان مالبثت أن تحولت إلى جرائم عامة تدريجياً وأصبح العقاب عليها من حق الدولة بعد أن كان من حق الأفراد^(١)، وهكذا تحول هذا الحق من حق شخصي إلى حق عام.

ولذا فإن الشرائع في المصور الحديثة ترى أن العقوبة جزاء يقع باسم المجتمع تنفيذاً لحكم قضائي على من ثبتت مسؤوليته عن الجريمة، وأنها يجب أن تنطوي على معنى الإيلاء وأن تكون شخصية تقع على الجاني نفسه وأن يتساوى الناس فيها، وللقاضى مطلق الحرية في وزن العقوبات التي يقدرها لكل منهم في حدود سلطته التقديرية^(٢).

وبذا نكون قد مدنا لك شيئاً يعطى مجرد فكرة عن موضوعنا بالنسبة للشرائع والقوانين السابقة على الإسلام وينبغي لنا أن نتكلم هنا عن حقيقة كل منهما غير أننا كما أشرنا من قبل سوف نتناول الموضوع بوجه عام دون الدخول في تفاصيله أو جمع لمشتملاته.

أولاً - الجريمة

في الفقه الاسلامي

تعريف الجريمة: يرى الفقهاء أنها إتيان فعل محظور أو ترك فعل مأمور به شرعاً مع الزجر عليه بحد أو قصاص أو تعزير، وفي ذلك يقول المارودي^(٣) «الجرائم محظورات شرعية زجر الله عنها بحد أو تعزير» والقوانين لا تخالف الفقه في ماهية الجريمة إذ تعرف في القانون بأنها إما عمل يحرمه القانون وإما امتناع من عمل يقضى به القانون^(٤) فلا خلاف بين التعريفين إلا من ناحية مصدر التحريم،

(١) مبادئ القانون الروماني للأستاذين الدكتور بدر والدكتور البدرأوى ص ٥٤٨

(٢) شرح قانون العقوبات للأستاذ الدكتور محمود مصطفى ص ٣٧٣ - ٣٧٧

(٣) الأحكام السلطانية ص ٢١١ المطبعة المحمودية التجارية.

(٤) غير أن قانون العقوبات عندنا يختلف عن الفقه في تعريف الجناية. فبينما يطلقها كثير من الفقهاء على كل فعل محرم شرعاً سواء وقع على نفس أو مال أو غير ذلك، ومنهم من قصرها على ما وقع من الاعتداء على الإنسان بالقتل أو المجرح أو الضرب أو الإجهاض إذ بالمادة المباشرة من قانون العقوبات تقصر الجناية على الجريمة الجسدية، فيعتبر الفعل جناية إذا كان معاقباً عليه بالإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة أو السجن أما إذا كانت عقوبة الفعل حبساً يزيد على أسبوع أو غرامة تزيد على مائة قرش فهو جنحة وإن كان الحبس أو الغرامة أقل من ذلك فهو مخالفة م ١١، ١٢

وقد يكون في بعض أنواع الجرائم مصالح للأفراد كشرب الخمر والاختلاس والزنا. لكنها مصالح غير معتبرة في نظر الشارع لما تؤدي إليه من مفسدة تضر بالمجتمع، ومصلحة الجماعة هي المعتبرة وهي تنتج حتماً مصلحة للأفراد.

أركان الجريمة بوجه عام ثلاثة،

١- أن يكون هناك حظر من الشارع إذا لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص^(١) وهذا يسمى في الاصطلاح القانوني بالركن الشرعي للجريمة.

وفي هذا يضع الأصوليون قاعدة «لا حكم لأفعال العقلاء قبل ورود النص» وقاعدة أن «الأصل في الأشياء والأفعال الإباحة» فلا يمكن اعتبار فعل أو تركه جريمة إلا بنص، وهذا أساسه قول الله سبحانه تعالى «وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا».

والنصوص الجنائية ليس لها أثر رجعي كما هي القاعدة الأصلية غير أنه يستثنى من عدم رجعية النصوص الجنائية أمران:

(أ) الجرائم الخطيرة التي تمس الأمن العام أو النظام العام فهذه يجوز أن يكون للأحكام المتعلقة بها أثر رجعي كما حدث بالنسبة لحكم الحراية والظهار وجريمة القذف على الراجع.

(ب) إذا كان التشريع الجنائي تطبيقه في صالح الجاني وجب أن يكون له أثر رجعي. فإذا صدر التشريع قبل الحكم في الجريمة حوكم الجاني بمقتضاه إذا كان في صالحه، وإذا صدر بعد الحكم في الجريمة وكان في صالح الجاني نفذ من العقوبة بما يتفق مع التشريع الجديد ما أمكن وإذا كان التشريع الجديد يتيح الفعل

(١) وهذا يرجع في الحقيقة إلى ما بحثه الأصوليون وعلماء الكلام من موضوع التحسين والتقيح العقليين، وهل يمكن أن يستقل العقل بدرك ما في الأفعال من حسن أو قبح دون حاجة إلى تبليغ رسول. راجع هذا تفصيلاً في كتابنا مباحث الحكم عند الأصوليون وفيه أيضاً الكلام عن الحكم التكليفي الاقتضائي الناهي على سبيل الجزم أو الكراهة وأثر مخالفتها في الإثم واستحقاق العقاب.

الذى كان محظوراً وحكم على فرد بمقتضى الحظر وجب وقف التنفيذ أما إذا كان التشريع الجديد فى غير صالح الجانى وجب عدم تطبيقه بأثر رجعى^(١).

والمبدأ الشرعى يقضى بسريان أحكام الشريعة على جميع الجرائم التى ترتكب فى دار الإسلام أيا كان مرتكبها، وكذا ما يرتكب فى دار الحرب من جرائم من أشخاص يقيمون أصلاً فى دار الإسلام. ويتجه أبو حنيفة فى تطبيق هذا المبدأ إلى أن أحكام الشريعة تطبق على الجرائم التى ترتكب فى دار الإسلام من مسلم أو ذمى، أما المستأمن فإنه لا يعاقب بمقتضاها إلا إذا ارتكب جريمة تمس حقاً للأفراد. وأما الجرائم التى ترتكب فى دار الحرب فلا قدرة على مرتكبها أثناء ارتكابها. ويتجه أبو يوسف إلى وجوب سريان أحكام الشريعة على كل المقيمين على دار الإسلام فيعاقب المستأمن على ما يرتكبه من جرائم فى دار الإسلام حتى لو كانت متعلقة بحق الجماعة^(٢). ويرى مالك والشافعى وأحمد^(٣) سريان أحكام الشريعة على الجرائم التى ترتكب من رعايا دار الإسلام فى أى مكان كان حتى لو كان الفعل مباحاً فى دار الحرب كشرب الخمر مثلاً، وكذا تسرى أحكام الشريعة على ما يرتكبه المستأمن فى دار الإسلام. ويبدو أن هذا الرأى هو الذى أخذ به قانون العقوبات المصرى^(٤).

(١) كانت القاعدة فى القوانين الوضعية قديماً أن للشارع الحق فى أن يجعل لى قانون جنائى أثراً رجعياً دون تفيد بأى مصلحة، وفى الثورة الفرنسية ألغى هذا الحق، وفى أواخر القرن الماضى أباحوا الرجعية إذا اقتضى صالح الجماعة ذلك لأن مصلحة المجتمع تعلو مصلحة الفرد. وقد جعل المشرع الفرنسى والمصرى أثراً رجعياً فى قوانين معتادى الإجرام والاشتباه - على بدوى فى القانون الجنائى ص ١١٦. ويعلق على ذلك الأستاذ عبد القادر عودة فى كتابه التشريع الجنائى الإسلامى ج ١ ص ٢٧٤ فيقول: إن القوانين الوضعية بدأت من القرن الماضى تأخذ بنظرية الشريعة الإسلامية فى الأثر الرجعى للتشريع الجنائى، وإن ما نعتبره اليوم أحدث الآراء والنظريات فى القوانين الوضعية ليس إلا تطبيقاً للنظرية التى جاءت بها الشريعة الإسلامية من ثلاثة عشر قرناً.

(٢) الفتح ج ٤ ص ١٥٢ والبدائع ج ٧ ص ١٣١. أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ٤١٢.

(٣) المغنى لابن قدامة ج ٨ ص ٤٠١.

(٤) التشريع الجنائى الإسلامى عبد القادر عودة ص ٢٩٠.

٢ - أن يكون الجاني مكلفاً مستولاً عن الجريمة، وهو ما يعبر عنه بالركن الأدبي، والمستول عن الجريمة في الشريعة الإسلامية هو الإنسان الحى المكلف، يقول الرسول عليه السلام «رفع القلم عن ثلاثة: الصبي حتى يحتلم والنائم حتى يصحو، والمجنون حتى يفيق» فالشريعة لا تؤاخذ فاقدا الإدراك ولا المضطر ولا المكره لأنهم غير مكلفين^(١) ومن القواعد الأساسية في الشريعة الإسلامية أن الإنسان لا يؤخذ بجناية غيره يقول الله تعالى «أن لا تزر وازرة وزر أخرى»^(٢).

ولذا فإن المسؤولية الجنائية - وهي تحمل الإنسان نتائج الأفعال المحرمة التي يأتيها مختاراً مدركاً لها - تقوم على إتيان فعل محرم، مع توافر الاختيار والإدراك.

٣ - أن يأتي عملاً توجد معه الجريمة سواء أكان فعلاً أم تركاً، وهذا هو المسمى بالركن المادى للجريمة، والأصل في الفقه الإسلامى أن الإنسان لا يؤخذ على ما توسوس به النفس لقول الرسول عليه السلام «إن الله تجاوز لامتى عما وسوست أو حدثت به نفسها ما لم تعمل به أو تتكلم» فلا يستحق الإنسان عقوبة على مجرد التفكير والعزم، وإنما يستحق العقوبة مخففة على الشروع^(٣) وكاملة على التنفيذ، وإذا عدل الجاني عن إتمام جريمته بدافع من نفسه بقضاً في الجريمة ورجوعاً إلى الله فإنه لا يعاقب في جريمة الخرابة اتفاقاً لقول الله تعالى «إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم» واختلفوا فيما عداها، أما إذا عدل لأى سبب غير التوبة فهو مستول ما دام الفعل الذى تم يعتبر معصية كمن يكسر الباب ثم يعدل عن السرقة لرؤية الحارس، أو ينقب الحائط ثم يعدل لتنبه من بالدار، أما إذا وصل بالقرب من المنزل ثم عدل لوجود كثير من المارة أو تنبه الحارس فإنه لا يعاقب لأن ما تم من فعل لا يعتبر معصية.

(١) راجع لنا مباحث الحكم عند الأصوليين عند الكلام على المكلف.

(٢) سورة النجم ج ٢٧ آية ٢٨.

(٣) وفي الأحكام السلطانية ص ٣٢٩ «إذا جمع المال في الحر واسترجع منه قبل إخراجه ضرب أربعين سوطاً، وإذا نقب الحر ولم يدخل ضرب عشرين سوطاً، وإذا تعرض للنقب أو لفتح باب ولم يكمله ضرب عشرة أسواط وإذا وجد معه منقب أو كان مرصداً للمال يحقق...».

والشريك المباشر في ارتكاب الجريمة لا يتأثر بظروف شريكه، وهذا ما عليه قانون العقوبات المصري م ٣٩، وعقوبة الشريك غير المباشر للجريمة أقل من عقوبة المباشر في جرائم الحدود والقصاص، أما في جرائم التعزير فهما متساويان.

أقسام الجريمة،

أولاً - الجرائم من حيث جسامتها تنقسم إلى جرائم توجب الحد وجرائم توجب القصاص أو الدية وجرائم توجب التعزير.

وجرائم الحدود سبع: جريمة الزنا، والسكر، والقذف، والسرقه، والحراة، والبغى، والرذة. أما جرائم القصاص والدية فخمس: القتل العمد، وشبه العمد، والخطأ والجناية على ما دون النفس عمداً أو خطأً. وجرائم التعزير غير محددة وتشمل كل فعل محرم لم يرد له نص محدد بعقوبة دنيوية كالربا، وخيانة الأمانة والرشوة، والغدر في العهد.

ثانياً: ومن جهة أخرى فالجرائم إن كانت مقصودة، وهو ما يسمى بالعمد فإنها تدل على فساد نفسية الجاني واتجاهها إلى الإجرام، ويقرب منه من قصد الفعل دون نتيجة وهو ما يسمى بشبه العمد، وهو ما يعبر عنه في القانون بالضرب المفضى إلى الموت، أما إذا كان الفعل حدث منه بخطأ في القصد كمن يرى شيئاً على أنه صيد أو حرى فإذا هو إنسان غير حرى أو يخطئ في الفعل كأن يرمى هدفاً فتتحرف يده فيصيب إنساناً، أو كان قد جرى مجرى الخطأ كالنائم ينقلب على إنسان فيقتله، أو كان الفعل سبباً في الجناية كحافر البئر وواضع الحجر في الطريق العام أو غير ملكه فتردى فيه الغير ومات. وهذا يسمى القتل بالتسبب^(١). فكل هذا يعتبر جريمة غير مقصودة، وهي إن دلت على إهمال الشخص وتقصيره فإنها لا تدل على اتجاه نفسه إلى الإجرام.

(١) الهداية ج ٤ ص ١٢٩، ابن عابدين ج ٥ ص ٣٧٢، المعنى على الكثر ج ٢ ص ٣٠٠.

ثالثاً: والجرائم أيضاً قد تكون إيجابية وتحقق بإتيان فعل ممنوع وهي الكثرة الكاثرة، واعتبر الفقهاء التسبب الإيجابي من الجرائم الإيجابية إذا وجد التعدي، وتحققت السببية ولو غالباً، ولم يقطع سببية الفعل للضرر قاطع أجنبي عن الفاعل، كمن يقف دابة في الطريق فتطأ شخصاً، لقول الرسول «من أوقف دابة في سبيل من سبل المسلمين أو في سوق من أسواقهم فأوطأت بيد أو رجل فهو ضامن» ومن هذا من يضع حجراً في الطريق العام فيصطدم به أحد المارة، ومنه أيضاً من يطبب الغير دون أن تكون له دراية بالطب لقول الرسول «من يطبب ولم يعلم منه طب فهو ضامن».

ومن ذلك أيضاً ما جاء في التارخانية باسم الصبيحة المفاجئة بأن يصيح على آخر فجأة فيموت منه فإن الدية تحب على الصائح، وكذا من غير من صوته وصورته وخوف آخر فجن أو مات فإنه يضمن، ولذا نهى النبي عن ترويع المسلمين، ومنه ما يسمى باب الضياع كمن يفتح القفص للطير فيطير، أو باب الحظيرة فتخرج الدابة أو باب السجن فيهرب السجين، بشرط ألا يطرأ عليه ما يقطع التسبب، كأن يأتي آخر فيهيج الطير أو الدواب بعد فتح الباب فإن الضمان هنا على المباشر، إذ يقول الفقهاء: «إن الحكم يضاف لآخر سببه»^(١).

ويبدو أن الممتنع عن مقاومة الجريمة يعتبر مسئولاً إذا وجب عليه شرعاً أو عرفاً أن يقاومها، والقانون في القرن التاسع عشر أخذ بوجهة نظر الفقه الإسلامي، وقد كان قبل ذلك لا يرى إحداث الجريمة بالترك، ومع هذا فقد قيد القانون المسئول بالامتناع بأن يكون مكلفاً في الأصل بالعمل، وأن يكون الامتناع مخالفاً لما هو مكلف به كالجندي المعين للحراسة والمحافظة على الأمن عن منع وقوع الجريمة التي من وظيفته أن يعمل على منعها ما دام ذلك في مقدوره.

(١) الدر المختار مطبوع بهامش ابن عابدين ج ٥ ص ٢٧٢.

وأبداً: ومن ناحية أخرى فإن الجرائم إذا شرعت العقوبة فيها لحفظ الجماعة سميت جرائم ضد الجماعة كجرائم الحدود، وإذا كانت العقوبة شرعت لمصالح الأفراد سميت جرائم ضد الأفراد كجرائم القصاص والديات. ولا يمنع في اعتبار بعض الجرائم جرائم ضد الجماعة أساساً بمصالح بعض الأفراد ووقوعها عليهم إذ المرامي أن مصلحة الجماعة فيها غالبية، كما لا يمنع من اعتبار بعض الجرائم ضد الأفراد أساساً بمصلحة الجماعة، وجرائم التعزير منها ما يمس مصلحة الجماعة، ومنها ما يمس مصلحة الأفراد.

خامساً: وكذلك فإن الفقه الإسلامى قسم الجريمة إلى: جريمة اعتياد وهى مالا يؤخذ الشخص على فعلها أو تركها مرة أو مرتين، وإنما يؤخذ على اعتياد ذلك، ومن ذلك ترك التوافل وفعل المكروهات، ولذا قال الفقهاء إن اعتياد ترك السنن يسقط العدالة، وعده بعضهم من الكبائر عملاً بقاعدة أن الإصرار على الصغيرة يعد كبيرة، مع أن أصل الترك لا يعتبر جريمة.

وجريمة بسيطة لا يشترط للعقاب عليها اعتيادها كالسرقة والزنا والقتل وأمثال ذلك. وهكذا فقد عرف الفقه الإسلامى أيضاً الجرائم العادية والجرائم السياسية كالبنى والتجسس لصالح أهل الحرب.

ثانياً - العقوبة

العقوبة وهل هى فى ذاتها مصلحة وما القصد منها: العقوبة جزاء وضعه الشارع للردع عن ارتكاب ما نهى عنه، وترك ما أمر به، فهى قبل الفعل موانع وبعده رواجر، والعقوبة ليست فى ذاتها مصالح بل هى مفسدات أوجبها الشارع لأنها تؤدى إلى درء مفسدة بالجماعة، وتحقق مصلحة لها، والقصد من إقامتها فى الشريعة وفى القانون أيضاً حفظ كيان المجتمع وضمان بقاءه، غير أن الشريعة تعتبر التقويم الخلقى هو الدعامة الأولى التى يقوم عليها المجتمع، إذ الفساد الخلقى فى المجتمع هو أساس انهياره وانحلاله، ولذا فإن فى تطبيق الحكم



الإسلامي رفعا للمستوى الخلقى وتقليلا للجرائم الخلقية، يقول ابن تيمية^(١) «العقوبات الشرعية إنما شرعت رحمة من الله بعباده، فهي صادرة عن رحمة الخلق وإرادة الإحسان إليهم، ولهذا ينبغي لمن يعاقب الناس على ذنوبهم أن يقصد بذلك الإحسان إليهم والرحمة بهم».

العقوبة الأخروية والدينية: حذرت الشريعة من ارتكاب المحظورات ورتبت على مخالفة ذلك عقوبة غير أنها جعلت بعضها عقوبة أخروية صرفة، وهي تكون جزاء جرائم لا يمكن ضبطها في الدنيا ولا يجرى عليها الإثبات كجريمة الحسد والنفاق والنميمة والغيبة والحقد والكذب وغيرها من الجرائم الخلقية بما لا يطرح أمام القضاء، وجعلت بعضها عقوبات دنيوية يحكم بها القضاء ويشرف على تنفيذها ولي الأمر، وهي العقوبات المترتبة على جرائم يجرى عليها الإثبات، ومن شأنها أن تفسد الجماعة كالجرائم على المال والنفس والعرض والدين والعقل من سرقة وقتل أو جرح، وزنى وقذف، وردة، وسكر، وما يرتكب ضد أمن الدولة والجماعة كالبغى والحاربة، وكل محظور يتصل بالحياة العامة ويؤثر على حقوق الجماعة والأفراد فإنه قد رتب الشارع له عقوبة دنيوية تتناسب مع نفس الجريمة وأثرها في المجتمع لتكون سيفا مصلتا على رقاب من تضعف عقيدتهم فلا يرتدعون بالعقاب الأخرى، والهدف الأول من العقوبة الدنيوية في الواقع إنما هو كفالة حياة سعيدة لبنى الإنسان بعيدة عن التفكير في الإجرام والإيذاء.

هل العقوبة الدينية ترفع الجزاء الأخروي: والعقوبات الدنيوية على هذا النوع من الجرائم يعتبرها بعض الفقهاء مع ما فيها من الزجر جوابر وكفارات للذنوب، أي تنفيذها على الجاني في الدنيا يقيه عذاب الآخرة أخذاً من حديث^(٢) عبادة بن الصامت الذي يقول فيه النبي عليه السلام بعد أن بايعهم على ترك بعض المحظورات: «إن من أصاب من هذه المعاصي شيئاً فعوقب به في الدنيا فهو كفارته، ومن أصاب من ذلك شيئاً فستره الله عليه إن شاء غفر له وإن شاء عذبه».

(١) فتاوى ابن تيمية ص ١٧١.

(٢) البخاري بشرح الكرماني ج ٢٣ ص ١٨٦ - ١٨٧، الفتح ج ٨ ص ١١٢.

ويرى البعض أنها ليست جوابر وإنما هى رواجر بمعنى أنها تردع فى الدنيا من يفكر فى الإجرام وتحول بينه وبين ذلك مع بقاء العقاب عليها أيضاً فى الآخرة استدلالاً بأدلة متعددة، منها قوله تعالى فى قطاع الطريق: ﴿... لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم﴾، ومنها قوله تعالى فى الذين يرمون المحصنات ﴿فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون﴾ فقد جمعت الآية لهم بين عقوبة الدنيا بالجلد وعدم قبول الشهادة، وفى الآخرة بتسجيل الفسق عليهم لأن الفسق وصف يقتضى ثبوت العقاب فى الآخرة، وهذه عقوبة القتل والزنا، وقد رتب الله لهما عقوبة فى الدنيا بوجوب القصاص بقوله جل شأنه: ﴿ولكم فى القصاص حياة﴾ ووجوب الجلد بقوله: ﴿الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾ ومع هذا فقد رتب لهما عقوبة فى الآخرة بقوله: ﴿... ولا يقتلون النفس التى حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاماً* يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهاناً* إلا من تاب...﴾^(١).

أقسام العقوبات الدنيوية: وقد جعلت العقوبة الدنيوية فى الفقه الإسلامى قسمين: عقوبة محددة لجرائم خطرهما على المجتمع قوى وهذه تكون بالقتل والنفى أو القطع أو بالجلد وعدم قبول الشهادة أو الجلد وحده، والقسم الثانى عقوبة لم يحدد قدرها وإنما ترك التقدير لولى الأمر والحاكم ليقدره بقدر الجريمة مع مراعاة الظروف التى أحاطت بها واعتياد الأثم الذى ارتكبها، وغير ذلك من ظروف البيئة وما به تنصلح الجماعة ويأمن الأفراد، وسنشير أولاً إلى العقوبات المحددة ثم نذكر بعد ذلك عقوبة التعزير «العقوبات غير المحددة».

(١) اختلف انعماء فى أمر قبول توبة القاتل يقول ابن عباس: إن النص الذى يفيد قبول التوبة مكى وهو منسوخ بما نزل أخيراً فى سورة النساء المدنية ﴿ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها﴾، ورأى غيره خلاف ذلك وموضعه كتب التفسير عند تفسير الآيتين المذكورتين «سورة النساء والفرقان».



العقوبات المحددة

١ - القتل، وهذا يكون عند الاستخفاف بأمر الدين والردة عن الإسلام بعد تذوقه، وهذا ثابت بما روى عن ابن عباس أن الرسول قال: «من بدل دينه فاقتلوه» ومع هذا فهناك عقوبة توعدده الله بها في الآخرة بقوله «ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار...».

ولعل الجزء الديني المذكور غير مترتب في الواقع على نفس الارتداد إذ لا إكراه في الدين، وإنما العقوبة مترتبة على ما كان يترتب على الارتداد من الانضمام إلى أعداء الإسلام ومحاربة المسلمين وإحداث الفتنة في صفوفهم، يدل على ذلك أن قتل المرتد لنفس الارتداد مستفاد من حديث، هو خبر آحاد مع أن القاعدة أن الحدود تدرأ بالشبهات^(١).

كما جعل القتل قصاصاً من القاتل عمداً عدواناً بغير حق علاجاً لهذا الشذوذ في المجتمع، ولم يجعل الإسلام لدم أحد فضلاً على دم الآخر، وإنما الناس جميعاً سواء أمام القانون الإسلامي، بل أجمع الفقهاء على أن السلطان نفسه ينبغي أن يقتصر منه إن تعدى على أحد أفراد رعيته بالقتل العمد العدوان إذ ليس بينه وبين العامة فرق في أحكام الله. وليس هناك من هو فوق القانون الإسلامي أو من يخضع القانون لرغباته وأهوائه، انظر قول الرسول حينما أرادت قريش بعد إسلامها إعفاء بعض الشريكات من إقامة الحد عليها «... إنما هلك الذين من قبلكم إنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه وإذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها»^(٢).

(١) راجع في هذا كتاب الإسلام عقيدة وشرعية للأستاذ الأكبر الشيخ محمود شلتوت شيخ الأزهر السابق ص ٢٥٢ مطبعة الأزهر.

(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ص ٥١، ١٠٦.

والإسلام وإن أقر عقوبة القصاص من القاتل^(١) الذي سلب حياة المجنى عليه بغير حق ويتم أطفاله وروع المجتمع وتحدى شعور الجماعة بفعلته فإنه لم يتغال في ذلك، وإما قصر مسئولية الجناية على الجاني ﴿ولا تزر وازرة وزر أخرى﴾ وجعلها بقدر جنايته دون مغالاة ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾ ومع هذا قد حجب العفو إلى النفوس ﴿فمن عفا وأصلح فأجره على الله﴾ والتشريع الإسلامي وإن جعل حق العفو لولى الدم فإنه لم يقصر حق طلب القصاص عليه. وإنما إذا كان الجاني قد عرف بالشر والفساد حق للحاكم أن يدفع شره عن الجماعة بما يراه، هذا وإن كان لولى الدم حق طلب القصاص فإنه ليس له على الراجح أن يستوفى ذلك بنفسه لأن تخليص الناس بعضهم من بعض من وظيفة الحكام. يقول القرطبي^(٢) «لا خلاف في أن القصاص في القتل لا يقيم إلا أولو الأمر، بل نقل عن المالكية^(٣) إن ولى الدم إذا باشر قتل الجاني من نفسه فإنه يؤدي لافتيائه على الإمام في حقه، وجاء مثله في كتب الشافعية، وفي معين الحكام لقاضى القدس الحنفى علاء الدين: «أن ذلك هو الشأن الذى لا ينبغي سواه»، مع أن كتب الاحناف على أن للولى حق الاستيفاء، لكن صاحب معين الحكام حكّم السياسة الشرعية في هذا ووجد أن تنظيم الأحكام وتركيز الحقوق يقضيان بجعل ذلك الحق في يد الإمام أو من ينبيه.

ومن هذا أيضاً عقوبة الإفساد فى الأرض والاعتداء على الأمن يقول الله تعالى: ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا

(١) والمتحرر القاتل لنفسه ليس بأقل بشاعة من قاتل الغير بغير حق، وإنما يستحق العقاب فإذا لم يكن متيسراً تنفيذ العقوبة لزهوق الروح فعلا فجزاؤه فى الآخرة قائم، روى أبو هريرة عن الرسول أنه قال «من قتل نفسه بعددية فحديدته فى يده يتوجأ بها فى بطنه فى نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً، ومن قتل نفسه بسم الله فى يده يتحصاه فى نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً، ومن تردى من جبل فقتل نفسه فهو مترد فى نار جهنم خالداً مخلداً فيها أبداً».

(٢) الجامع لأحكام القرآن ج ٢ ص ٢٢٦ طبعة دار الكتب المصرية.

(٣) الإسلام عقيدة وشرعة للأستاذ الأكبر الشيخ محمود شلتوت ص ٣٣٤.



أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض»^(١)، واتجه بعض الفقهاء إلى أن الإمام مخير في تطبيق ما يراه من العقوبات المذكورة في الآية، والظاهر أن المقصود بالنفي اعتقالهم في مكان ناء عن بلدهم، وواضح في الآية أن التوبة ترفع هذه العقوبة وإن بقي معها حق القصاص في النفس والجراح وغرامة الأموال، وفي الموضوع تفصيل في كتب الفقه والتفسير، فقد بينت قطع الطريق والبغى والتجسس بياناً كاملاً، وبينت ما إذا كان الحكم يطبق على الجناة مسلمين أو ذميين أو مستأمنين على السواء، وأثر هذه الجرائم في المعاهدة.

كما قال أهل السنة إن عقوبة الزناة المحصنين هي القتل بطريق الرجم مستندين في ذلك إلى عمل الرسول، وما جاء بالسنة، وما قيل من نزول آية قرآنية بذلك نسخ لفظها وبقي حكمها. وسنعرض لذلك عند الكلام عن عقوبة الزنا.

٢ - **عقوبة القطع**، وهذه تكون في الاعتداء على أموال الناس بالسرقة من حرر على الشروط التي جاءت بموضعها في كتب الفقه قال الله تعالى ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله والله عزيز حكيم﴾ فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فلأن الله يتوب عليه. وقد اتجه فريق من الفقهاء إلى أن التوبة تسقط الحد، وتمنعه، وتفصيل ذلك في موضعه من كتب الفقه.

والقطع كما أشرنا قبل، إحدى العقوبات التي خير الشارع فيها ولي الأمر ليعاقب بها المعتدين على الأمن العام بالمحاربة والإفساد في الأرض ﴿أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف...﴾.

٣ - **عقوبة الجلده**، وهي تكون في عقوبة الاعتداء على الأعراس بالزنى يقول الله تعالى ﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة﴾^(٢)، ومن

(١) سورة المائدة ج ٦ آية ٣٣.

(٢) سورة المائدة آية ٣٨/٣٩.

(٣) أول سورة النور.

عدا الخوارج قال إن هذه الآية خاصة بغير المحصنين أما هم فعقوبتهم الرجم حتى الموت، واستدلوا على ذلك بفعل الرسول عليه السلام وبما روى عنه، لكن الخوارج يرون أن النص عام ويفيد أن عقوبة الزنا هي مائة جلدة لا فرق بين المحصنين وغيرهم^(١) واستدلوا على ذلك بجمللة أدلة أوردها الفخر الرازي في تفسيره.

هذا ولعل ما حدث في أيام الرسول كان على سبيل السياسة والتعزير وليس على أنه تشريع عام دائم، كما أن أحاديث الأحاد لا يقام بها مثل هذا الحد، والقول بنسخ لفظ الآية القرآنية مع بقاء حكمها ينبغي أن يكون محل نظر لأن النسخ إذاً يكون قاصراً على منع التعبد بآية جاء بها الوحي.

ومن عقوبة الجلد أيضاً جلد القاذف عند عدم الإتيان بأربعة شهود يقول الله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾ ويستوى في ذلك قذف الزوجة والأجنبية إلا أنه في قذف الزوجة^(٢) تقوم الشهادات الأربع مقام الشهود الأربعة ﴿والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم

(١) ونقل عن أبي مسلم الاصفهاني أن آية ﴿واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم...﴾ خاصة بالسحاق الذي يحدث بين المراتين وآية ﴿واللذان يأتيانها منكم فأذوهما﴾ خاصة بالواط الذي يحدث بين الرجلين، وآية ﴿الزانية والزاني﴾ خاصة بالفعل المشترك بين الرجل والمرأة، وبذا تكون عقوبة الجنابة على الأعراض مستكملة عنده وأن الآية محكمة لا نسخ فيها.

(٢) لما نزل الوحي بقول الله تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات...﴾ الآية، وهي عامة تشمل الزوجات وغيرهم ضج الأزواج وقالوا للرسول أرايت لو وجد أحد امرأته على فاحشة كيف يصنع؟ إن تكلم تكلم بامر عظيم وإن سكت سكت على مثل ذلك وإن ذهب ليأتى بالشهود انتهى كل شيء فنزل قول الله ﴿والذين يرمون أزواجهم...﴾.

وقد فهم المفسرون والفقهاء معاني مختلفة لقوله ﴿ويدرا عنها العذاب﴾ فقال الشافعي العذاب هو الحد المذكور وقال الأحناف كما في المعنى على الكنز ج ١ ص ٢١٤ «إذا قذف زوجته وطالبته بالحد وجب للعان إن أبي حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيعده».

قارن ذلك بما قاله الأستاذ الأكبر الشيخ شلتوت في كتابه الإسلام عقيدة وشريعة ص ٢٥٠ «وعلى مذهب الحنفية يكون للقذف عقوبتان عقوبة الجلد في قذف الأجنبية وعقوبة الحبس في قذف الزوجة» لكن الذي يستفاد من كلام الفقهاء هو أن الحبس ليس هو العقوبة إنما هو وسيلة لأن يلاعن أو يكذب نفسه.

شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين * والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين * ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين * والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين^(١). ومع هذا فهناك عقوبة تبعية فوق الجلد وهى عدم قبول الشهادة.

كما أن من عقوبة الجلد أيضاً جلد شارب الخمر لأن فى هذا اعتداء على العقل، وهذه العقوبة وإن لم يرد فى القرآن نص بها، ومع ورود النهى عن شرب الخمر وبيان المفسد المترتبة عليه ولكن النبى صلى الله عليه وسلم ضرب الشارب بجريدة نحو أربعين وفعل مثل ذلك أبو بكر، أما عمر فقد ضربه ثمانين. ولذا فقد قال الشافعى إن شارب الخمر يجلد ثمانين جلدة عملاً بحديث على، وجاء فى شرح العيني^(٢) على الكنز أن الصحابة أجمعوا على ذلك.

وقد يكون ما فعله عمر وعلى من جلد الشارب ثمانين جلدة روعى فيه عقوبتان: عقوبة على السكر، وعقوبة على قذف وقع من السكران المقدم للمؤاخذ، ولما اجتمعت العقوبتان نفذاً عليه العقوبة الأشد وهى عقوبة القذف. ويمكن أن يستفاد هذا من قول على «إنه إذا شرب سكر وإذا سكر هذى وإذا هذى افترى وحد الافتراء ثمانون جلدة».

والحدود بوجه عام يجب مراعاة الاحتياط فيها والتأكد من إثبات الجرائم التى يقام عليها الحد، ومع هذا فالرسول يقول «ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم، فإن وجدتم للمسلمين مخرجاً فخلوا سبيلهم فإن الإمام لأن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة».

(١) سورة النور: ١٨ آية ٩/٦.

(٢) ج ١ ص ٢٨٧.

العقوبات غير المحددة «التعزير»

التعزير عقوبة غير مقدرة تجب حقاً لله أو لأدمى في كل معصية ليس فيها حد ولا كفارة ويراد منها الإصلاح والتأديب والزجر والردع^(١)، ويجوز التعزير ما أمنت عاقبته غالباً فينبغي ألا تكون عقوبة التعزير مهلكة، لكن أجاز الفقهاء التعزير بالقتل استثناء، لمصلحة تقتضي ذلك كقتل الجاسوس ومعتادى الجرائم الخطيرة، والاستثناء لا يتوسع فيه، ويسمى الأحناف هذا النوع القتل سياسة، وأجازه ابن تيمية وابن القيم وبعض فقهاء المالكية.

والعقوبات الدنيوية التعزيرية منها عقوبة الرعظ يقول الله تعالى ﴿فأعرض عنهم وعظهم﴾^(٢).

ومنها عقوبة التوبيخ ومن ذلك قول الرسول لأبى ذر حينما عبر رجلاً بأمة «إنك امرؤ فيك جاهلية» ومن ذلك حديث الرسول لمعاذ وقد شكوا بعض الناس أنه يطيل بهم الصلاة فقال «أفتان أنت يا معاذ؟» من أم بالناس فليخفف» وكذلك في حادث أسامة حينما قتل رجلاً في إحدى الغزوات شهد عند رفع السيف عليه أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، فظن أسامة أنه يحقن بها دمه وقتله، فلما علم الرسول قال له «هلا شققت عن قلبه!».

ومنها عقوبة الحبس فقد روى أن الرسول حبس شخصاً في تهمة. وقد أجمع الفقهاء على جواز حبس المدين، وقد قلنا إن قاذف زوجته يحبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد، ولمن أفسد في الأرض فقد قلنا إن ولى الأمر خير بين عقوبات، إحداها النفي وقد فسر الحنفية بالحبس.

(١) المبسوط للسرخسي ج ٩ ص ٣٦.

(٢) وفي القرطبي ج ٥ ص ٢٦٥ «عظهم أى خوفهم»، ويقول الله تعالى ﴿واللاتى تخافون نشورهن فعظوهن واهجروهن فى المضاجع واضربوهن﴾. فيدخل فى التعزير أيضاً بالنسبة للزوجة هجر الفراش والضرب اللين.

ومن التعزير أيضاً القتل فمن قول الرسول: ستكون هنات وهنات فمن أراد أن يفرق هذه الأمة وهى جمع فاضربوه بالسيف كائناً من كان. وقد أشرنا سابقاً إلى أن التعزير بالقتل استثناء، وأنه عرف بالقتل سياسة.

والتعزير يكون فى الجرائم التى لم يحدد لها الشارع عقوبة كما قلنا، والجرائم التى حددت لها عقوبات ولكن لم تتوافر فيها شروط هذه العقوبة كالشروع فى القتل وهو كما يقول ابن القيم «يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زماناً أو مكاناً أو حالاً، ويختلف تقدير العقوبة فيها حسب خطر الجريمة وتأصلها فى نفس المجرم».

وقال المالكية يجوز الزيادة فى التعزير عن الحد المقرر لجنس الجريمة ويؤيد هذا قول عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه «تحدث للناس أفضية بقدر ما يحدثون من فجور».

كما أن الرسول عليه السلام له باعتباره حاكماً وإماماً أقوال مبنية على التدبير المصلحى، ونقل ابن عابدين أن أصول الحنفية «أن ما لا قتل فيه عندهم - مثل القتل بالمثل، وفاحشة الرجال - إذا تكررت فللإمام أن يقتل فاعله، وكذلك له أن يزيد على الحد المقدر إذا رأى الإمام المصلحة فى ذلك».

ومن أنواع التعزير العقوبات المالية بأن يفرض عليه الحاكم غرامة مالية، وبذلك يقول أبو يوسف وفقهاء المالكية.

والعقوبة التفويضية «التعزير» فى الواقع أساس قوى لاستقرار النظام ودليل واضح على صلاحية تطبيق أحكام الشرع فى مختلف البيئات والأمنه، والشرعية وإن تركت تحديد العقوبة فى الجرائم التعزيرية إلى ولى الأمر فإنها قيدته فى ذلك بما يقتضيه حال الجماعة وتنظيمها والدفاع عن مصالحها فى حدود القواعد العامة للشرعية، ومع هذا فالمقصود بعدم التحديد تمكين ولى الأمر من أن يضع من العقوبات ما يتناسب مع حاجة العصر والبيئة، وأن يكون له حق العفو عن المجرم دون مساس بحق المعتدى عليه، كما أن سلطة القاضى واسعة عند التطبيق فإنه

يصح أن يقضى بأقصى العقوبة أو أداها حسب الظروف المختلفة أو المشددة. ومن حق القاضي أن يعزر المجرم على جرمه سواء تنازل صاحب الحق أم لم يتناول.

وسلطان القاضي في توقيع العقوبات في الفقه الإسلامي في مثل هذه الأمور لا يتوقف على دعوى يتقدم بها المجنى عليه أو ولي دمه وإنما يكفي أن يشعر القاضي بالجريمة عن طريق الدعوى العامة وليس للمجنى عليه أو وليه أن يمنع حكم التعزير أو يقف تنفيذه لأنه ليس خالص حقه وإنما فيه حق الجماعة، والقاضي إنما يعلّله نيابة عن المسلمين عامة^(١).

انقضاء العقوبة بمضيق المصلحة جاء في الهداية والعناية والفتح^(٢) أنه إذا شهد الشهود بسبب حد متقادم - لم يمنعهم عن إقامته بعدهم عن الإمام - لم تقبل شهادتهم إلا في حد القذف، وإذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به، والأصل فيه أن ما كان حقاً خالصاً لله يطل بالتقادم خلافاً للشافعي، لأن الشاهد مخير بين حسبتين: أداء الشهادة والستر، فالأخير إن كان لاختيار الستر فالإقدام على الأداء بعد ذلك لضغينة هيجهت أو لعداوة حركته فيتهم فيها، وإن كان التأخير لا للستر يصير فاسقاً أثماً، فحد الزنا والسكر والسرقه خالص حق الله حتى يصح الرجوع عنها بعد الإقرار فيكون التقادم فيه مانعاً وضمن السرقة، والتقادم غير مانع في حقوق العباد لأن الدعوى فيه شرط فيحمل تأخيرهم على انعدام الدعوى، ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة في الابتداء يمنع الإقامة بعد القضاء خلافاً لزفر، واختلفوا في حد التقادم على ما هو مبين في موضعه فارجع إليه إن شئت تفصيل الموضوع^(٣).

(١) الأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٢٦ وحاشية ابن عابدين ج ٣ ص ٩٧.

(٢) ج ٤ ص ١٦١ - ١٦٥.

(٣) وموضوع تقادم الدعوى الجنائية تناوله المادة (١٥) من قانون الإجراءات الجنائية وهو يتضمن انقضاء الدعوى الجنائية في مواد بمعنى الجنائيات. عشر سنين وفي مواد الجنح بمضي ثلاث سنين، وفي مواد المخالفات بمضي سنة هذا ما لم ينص القانون على خلاف ذلك انظر شرح قانون الإجراءات الجنائية من ص ١١١ للأستاذ الدكتور محمود مصطفى - طبعته السادسة سنة ٥٩ - ٦٠.

محط تهذيب الأثر بجريمته الأولى، والشريعة الإسلامية حثت على عدم تعيير المجرم بجريمته^(١) حتى لا تستمرئ نفسه طريق الجرم ويستأصل فيها، يروى أن رجلاً أقيم عليه حد شرب الخمر فقال له آخر أخزأك الله فغضب النبي وقال «لا تعينوا عليه الشيطان»، فالإسلام بهذا يعمل على فتح باب التوبة أمام المذنب ولا يجعله يفقد الأمل في ثقة المجتمع فيه وفي أن يغفر له رلته ويمسح له خطيئته، والعناية بشفاء نفس المجرم وعلاجها أمر له أثر كبير في المجتمع، فإنه بهذا بدل أن يفكر في الانتقام من مجتمع طرده يفكر في الندم والاستغفار، وفضلاً عن أن الشريعة الإسلامية تقتصر عن حل كثير من مسائل الإجرام التي هي مثار نزاع بين فقهاء القانون الحديث فإنها تشمل من مبادئ العقوبة ونظمها ما لا يقل في سعة النطاق وفي تهذيب الفكرة عن أحدث المبادئ والنظم الوضعية^(٢)، وإنه لو قورن بين الشريعة الإسلامية والشرائع الغربية لوجد في ذخائر الشريعة الإسلامية من المبادئ والنظريات ما لا يقل في رقي الصياغة وإحكام الصناعة عن أحدث المبادئ والنظريات وأكثرها تقدماً في الفقه الغربي^(٣).

وبهذا نكون قد انتهينا بحمد الله وعونه من عرض ما أردنا عرضه، ونلجأ إلى ساحة الله العلية في أن يجعل عملنا هذا نافعاً صالحاً وأن يوفقنا إلى الرجوع إلى شريعته في أحكامنا وكل ما يتعلق بشئوننا.

(١) الجريمة والعقوبة للأستاذ الشيخ أبي زهرة ص ١٥.

(٢) الأستاذ على بدوي مجلة القانون والاقتصاد.

(٣) الأستاذ الدكتور السنهوري في نظرية العقد. وراجع في الموضوع غير ما تقدم بالهوامش السابقة، في رسالة التعزير للدكتور عبد العزيز عامر، والعقوبة في الفقه الإسلامي لأحمد فتحي بهنسي والجنائيات المتحدة في القانون والشريعة للأستاذ رضوان شافعي المتعافي، التشريع الإسلامي، لعبد القادر عودة بجزأيه الخاص والعام، والنظرية العامة للتجريم للدكتور أحمد محمد خليفة، والعقوبات الشرعية وأسبابها للأستاذ الشيخ على قراة وغير ذلك من كتب الفقه والقانون.

ثبت بمحتویات الكتاب

صفحة ٣ - الإهداء. ص ٨/٥ مقدمة.

تمهید: التشريع الإسلامی ودعائمه.

- ٩ - التعریف بالتشريع والشریعة، ١٠ - الأحكام الاعتقادیة، بالهامش التعریف بالإسلام، وبعلم الکلام، وتاریخ اعتداء الناس إلى الحیاة الآخرة. ١١ - الأحكام الخلقیة، الأحكام العملیة. ١٢ - دعائم التشريع الإسلامی: نفی الحرج، تشريع الرخص. ١٣ - التعریف بالعزیمة والرخص. ١٤ - قلة التكاليف وبالهامش الاصل الإباحة. ١٥ - التدرج فی الأحكام. ١٩ - تحقیق العدالة. ٢٠ - أهم المبادئ التي جاء بها التشريع الإسلامی. ٢٢ - دلالة هذه الدعائم والمبادئ على رصانة التشريع. ٢٣ - اهتمام القانونیین فی العالم بالفقہ الإسلامی ومظهر ذلك - المؤتمرات الدولیة والبحوث الفقهیة. ٢٥ - عمل أسبوع دوری للفقہ الإسلامی. ٢٦ - فكرة إخراج موسوعة للفقہ الإسلامی، احتضان مصر لهذه الفكرة وإخراج عدد نموذجی لها. ٢٧ - موازنة التشريع السماوی والوضعی. ٣٠ - ما تنتجه الموازنة.

القسم الأول: تاریخ الفقہ

الفصل الأول: التعریف بالفقہ الإسلامی وبيان نزعه وأنواعه.

المبحث الأول: الفقہ الإسلامی ونزعه الجماعیة.

- ٣٥ - التعریف بكلمة فقہ والأدوار التي مرت بها. ٣٦ - طریق معرفة الفقہ وموضوعه ومصدره، وبالهامش التعریف بالحکم الشرعی وما يتعلق به. ٣٨ - الطبقة الأولى من الفقهاء. ٣٩ - نزعة الفقہ الجماعیة. ٤٠ - أمثلة تدل على تقييد حق الفرد مراعاة لحق الجماعة. ٤٥ - القوانين الوضعیة كانت تسودها الروح الفردیة حتی أخذت بنظریة الفقہ الإسلامی.



المبحث الثالث، أنواع الأحكام الفقهية.

٤٧ - عبادات. ٤٩ - أحكام الأسرة. ٥٠ - عادات. ٥١ - قسم القانون العام. ٥٣ - قسم القانون الدستوري، المالي، العدالة الاجتماعية في الفقه الإسلامي. ٥٤ - الناحية الجنائية، القانون الخاص. ٥٦ - قانون المرافعات. ٥٧ - أحكام الفقه الإسلامي أساسها بالدين.

الفصل الثاني: الأدوار التي مربها الفقه الإسلامي.

المبحث الأول، الفقه في عهد الرسول.

بدء الدعوة بالحث على التعليم. ٦٠ - التشريع بين مكة والمدينة. ٦٢ - مصادر التشريع في عصر الرسول. ٦٣ - هل كان للرسول أن يجتهد ويشرع. ٦٤ - التعريف بالأشعرية. ٦٥ - التعريف بالمعتزلة والمتكلمين. ٦٦ - اجتهاد الصحابة في عصر الرسول، فائدة الاجتهاد في هذا العصر.

المبحث الثاني، الفقه في عصر الخلفاء والصحابة.

٦٩ - الفتح الإسلامي في هذا العصر وأثره في الفقه، وبالهامش الفرق بين الخلافة والملك. ٧٠ - امتزاج المسلمين العرب بأهل البلاد المفتوحة وبالهامش التعريف بالجزية. ٧١ - اجتهاد الصحابة، وبالهامش التعريف بالصحابي وبالاختلاف. ٧٢ - أنواع اجتهاد الصحابة. ٧٣ - أمثلة من فقه الصحابة. ٧٦ - منشأ اختلاف فقهاء الصحابة. ٧٧ - كون الفقه واقعياً في عصرهم وسببه. ٧٨ - الاجتهاد والإجماع مصادر جديدة في عصرهم. ٨٠ - تفرق الصحابة وتنازعهم السياسي وأثره في الفقه. ٨١ هـ - المرجئة. ٨٢ - أثر هذا في السنة.

المبحث الثالث، عصر تكوين المذاهب والتدوين.

٨٣ - بدء ونهاية هذا العصر. ٨٤ - تكوين المذاهب وأثره في ازدهار الفقه. التعريف بكلمة دين بالهامش. ٨٥ - أسباب ازدهار الفقه في هذه الفترة، اتساع الدولة وامتزاج الثقافات فيها، تفرق الفقهاء في الأمصار. ٨٦ - كثرة

الفتاوى والوقائع، التدوين والترجمة. ٨٧ - أثر السياسة في ازدهار الفقه. ٨٨ -
الموالى وأثرهم في الفقه. ٩٠ - الفقه الافتراضى في هذا العصر، مصادر التشريع
في هذا العصر ٩١ - الفرق بين فقهاء هذا العصر وسابقه. ٩٢ - تدوين المذهب
والنهي عن التقليد والتعصب.

المبحث الرابع، فترة التقليد والجمود.

٩٤ - انحلال الدولة وأثره في الفقه. ٩٥ - التقليد والتعصب وأثر ذلك.
٩٦ - مراحل هذا التقليد والجمود. ٩٧ - أثر هذا الجمود في الفقه. ٩٨ -
طبقات الفقهاء. ٩٩ - أسباب جمود الفقهاء في هذا العصر.

المبحث الخامس، النهوض بالفقه ومحاولة تقنين أحكامه.

١٠١ - محاولات النهوض بالفقه بالحركات الانبعاثية التي حدثت في بعض
الدول الإسلامية. ١٠٢ - مظاهر النهضة الفقهية في العصر الحاضر: دراسة الفقه
في هذا العصر. ١٠٣ - الفقه المقارن والاتجاه إلى دراسته. ١٠٤ دراسة الفقه
المقارن وفائدته. ١٠٦ - محاولة تقنين أحكام الفقه الإسلامى دون التقييد
بمذهب. محاولة ابن المقفع قديماً. ١٠٧ - محاولة الخلفيتين أبى جعفر المنصور
وهارون الرشيد. ١٠٨ - محاولة السلطان محمد عالمكير بالهند. ١٠٩ - تنفيذ
الفكرة بظهور مجلة الأحكام العدلية وقانون العائلات بالدولة العثمانية. ١١٠ -
مصر وتقنين الأحكام الفقهية والنهوض بدراسة الفقه. ١١١ - القوانين المصرية
المختارة من الفقه الإسلامى.

الفصل الثالث: تكوين المدارس الفقهية وتاريخها.

المبحث الأول، عوامل تكوين المدارس الفقهية ونزعاتها وسبب الاختلاف

وأثره في الفقه.

١١٦ - المدارس الفقهية وبداية تكوينها. ١١٨ - النزعات الفقهية في نفوس
الفقهاء الأوائل. ١١٩ - عوامل تكوين المدارس الفقهية. ١٢٠ - المذاهب

الجماعية. ١٢١ - مدرسة الحديث. ١٢٣ - طرق استنباطهم الأحكام. ١٢٤ - أثر هذه المدرسة في السنة. ١٢٥ - مدرسة الرأي. ١٢٧ - طابع مدرسة الرأي ومسلكتها في الاستنباط، أسباب الاختلاف. ١٣١ - اختلاف الفقهاء كان لا يتج فرق، ١٣٢ - أثر اختلاف الفقهاء في الفقه.

المبحث الثاني، المذاهب الفقهية المختلفة.

١٢٤ - التفرق بسبب الخلافة وأثره، بالهامش مذهب الجبرية والمذهب السلفي ومذهب المعتزلة. ١٢٥ - طريقة تكوين مذهبي الشيعة والخوارج. ١٣٦ - الخوارج «الجمهوريون» وفقههم. ١٣٨ - الإباضية أشهر فرق الخوارج، الشيعة الملكيون. ١٣٩ - الشيعة الزيدية، الشيعة الجعفرية. ١٤١ - مذاهب أهل السنة. ١٤٢ - المذهب الحنفي تكوينه ومصادره. ١٤٣ - مسلكتهم وأصولهم. ١٤٤ - الإمام أبو حنيفة. ١٤٦ - القاضي أبو يوسف أكبر تلاميذ الإمام. ١٤٧ - محمد ابن الحسن الذي دون فقه المذهب. ١٤٩ - المذهب المالكي ومصادره. ١٥٠ - الإمام مالك. ١٥٢ - معاونوه على نشر مذهبه. ١٥٣ - المذهب الشافعي. ١٥٥ - تلاميذ الإمام الشافعي وعدم مخالفتهم له. ١٥٦ - المذهب الحنبلي. ١٥٧ - مصادر المذهب وأصوله، أحمد بن حنبل. ١٥٨ - أصحابه المجددون للمذهب. ١٥٩ - المذهب الظاهري. ١٦١ - مصادر المذهب الظاهري. ١٦٢ - داود الظاهري. ١٦٣ - مذاهب انقرض اتباعها: الحسن البصري. ١٦٤ - عامر الشعبي. الأوزاعي. ١٦٥ - الإمام الليث، سفيان الثوري.

الفصل الرابع، مراحل تدوين الفقه ومصادره الأولى.

المبحث الأول، تدوين الكتاب والسنة.

١٦٧ - فكرة التدوين ونشأتها في الأمة الإسلامية. ١٦٨ - التدوين في عصر الرسول، كتاب الوحي. ١٦٩ - الحكمة في عدم أمر الرسول بجمع القرآن بعد تدوينه في مجموعات مختلفة غير متكاملة، نهيه عن تدوين السنة. ١٧٠ - هل دون شيء منها في عصر الرسول وبأمر منه. ١٧١ - التدوين في عصر

الصحابة. ١٧٢ - جمع القرآن وتسميته مصحفا. ١٧٣ - نسخه وتوزيعه على الأمصار. ١٧٤ - التفكير الرسمي في تدوين السنة. ١٧٥ - إحياء الخلفاء عن تدوين السنة وسببه. ١٧٦ - تدوين السنة، طرق جمع السنة وتبويبها «المصنفات والمسانيد» ١٧٧ - ما بذل من مجهود لتمحيص السنة وتمييز الصحيح من غيره.

المبحث الثاني: تدوين الفقه والأصول.

١٧٩ - عدم العناية أولا بتدوين الفقه، نواة التدوين الفقهي. ١٨٠ - جمع فقهاء المدينة والعراق لفتاوى بعض الصحابة وكبار التابعين، تدوين الفقيه فقهه بنفسه، إملاء الفقه، عدول الفقيه عن رأى سابق وكتابة بعض تلاميذه الرأى الجديد دون علم البعض وأثر ذلك. ١٨١ - كتابة الفقه بسنده، إهمال ذلك وأثره في الفقه، طرق تدوين الفقه. ١٨٤ - القواعد الفقهية. ١٨٥ - التأريخ لتدوين القواعد الفقهية. ١٨٧ - الفرق بين القواعد والنظريات، وتدوين الفتاوى. ١٨٨ - تدوين علم أصول الفقه.

القسم الثاني: أصول الفقه الإسلامى ومصدره.

الفصل الأول: التعريف بالأصول والمصادر.

١٩٣ - التعريف بأصول الفقه، منهج الصحابة في استنباط الأحكام. ١٩٤ - تاريخ أصول الفقه ونشأته. ١٩٥ - الفرق بين الفقه والقواعد والأصول. ١٩٦ - مصادر الأحكام في الفقه الإسلامى الأصلية والتبعية. ١٩٧ - إرجاع المصادر كلها إلى الدين والفقه وإلى كونها نقلية وعقلية.

الفصل الثاني: المصادر النقلية الموحى بها.

المبحث الأول: القرآن.

١٩٩ - التعريف به. ٢٠٠ - ترجمته. ٢٠١ هـ - كون القرآن عربيا مع وجود الفاظ أعجمية فيه، ٢٠٢ - نزوله منجماً وحكمته، ٢٠٣ - أول وآخر ما نزل منه، ٢٠٤ - القرآن من ناحية الثبوت والدلالة، ٢٠٥ - ترتيب آيات القرآن وسوره، الأحكام التى تناولها القرآن، ٢٠٦ - منهج القرآن فى بيان الأحكام.



المبحث الثالث، السنة.

٢٠٨ - التعريف بالسنة، السنة القولية والفعلية والتقريرية، ٢٠٩ - حجيتها في التشريع ومنزلتها من القرآن، ٢١٠ - أقسام السنة من ناحية الرواية: متواتر مشهور، ٢١١ - خبر الأحاد، موقف الفقهاء من خبر الأحاد، ٢١٣ - السنة من ناحية الثبوت والدلالة، الأحكام التي جاءت بها السنة.

المبحث الثالث، شرع من قبلنا.

٢١٥ - أحكام الشرائع الأخرى التي نصت شريعتنا على نسخها، الأحكام التي ذكرتها شريعتنا وأمرت بها، ما جاء منها في شريعتنا دون أمر أو نهى. ٢١٦ - موقف الفقهاء منها.

الفصل الثالث، مصادر نقلية من غير طريق الوحي.

المبحث الأول، الإجماع.

٢١٨ - الإجماع وما يتحقق به، ٢١٩ - إذا انقسم الفقهاء في عصر إلى رأيين فهل يجوز إحداث رأي ثالث، ٢٢٠ - تحقق الإجماع ورأي الفقهاء في ذلك، أنواع الإجماع، ٢٢١ - رأي الفقهاء في حجية الإجماع، ٢٢٢ - هل لا بد من سند للإجماع، ٢٢٣ - الإجماع الذي سنده المصلحة يتغير تبعاً لتغيرها.

المبحث الثاني، قول الصحابي.

٢٢٤ - الصحابي، قول الصحابي لا يكون حجة لصحابي آخر، ٢٢٥ - قول الصحابي الذي لم يعرف له مخالف، قوله بالنسبة لغير الصحابة، ٢٢٦ - آراء الفقهاء في الاحتجاج بقول الصحابي.

المبحث الثالث، العرف.

٢٢٨ - العرف والعادة، العرف القولي، ٢٢٩ - العرف العملي، العرف العام والخاص، متى يصلح العرف لابتناء الأحكام عليه، ٢٣٠ - العرف واتخاذة دليلاً على الأحكام، ٢٣١ - العرف حجة قاصرة.

الفصل الرابع، المصادر العقلية

المبحث الأول، القياس

٢٣٢ - تعريف القياس. ٢٣٣ - المراد بالقياس، استنباط الفقهاء السابقين لعلل الأحكام وتطبيق الأحكام على ما توجد فيه العلة، ٢٣٤ - أركان القياس، العلة، ٢٣٥ - الطرق التي توصل للعلة، حجية القياس، ٢٣٦ - تفاوت الفقهاء في الأخذ به، ما ينبغي لتحقيق القياس، ٢٣٧ - الفرق بين القياس والاجتهاد.

المبحث الثاني، الاستحسان

٢٣٨ - تعريف الاستحسان، ما يشمل الاستحسان، ٢٣٩ - آراء الفقهاء كمصدر، ٢٤٠ - تنوعه تبعاً لتنوع الدليل.

المبحث الثالث، الذرائع

٢٤١ - التعريف بالذرائع، حكم الذرائع، ٢٤٢ - فتح الذرائع وسدها، ٢٤٣ - أنواع الذرائع وحكم كل نوع. ٢٤٤ - آراء الفقهاء في الأخذ بهذا الأصل ٢٤٥ - منشأ الخلاف بينهم فيه. ٢٤٦ - الحيل الشرعية، موقف الفقهاء منها. ٢٤٧ - أقسام الحيل.

المبحث الرابع، الاستصحاب

٢٤٩ - التعريف به، ٢٥٠ - موضع الاستصحاب من الأحكام، أنواع الاستصحاب، ٢٥١ - ملك الغزالي في تقسيم الاستصحاب، ٢٥٢ - موقف المذاهب من الاستصحاب، ٢٥٣ - ما يبنى على الاستصحاب من قواعد.

المبحث الخامس، المصالح الإنسانية المعتمدة وارتباط الأحكام الشرعية بها

٢٥٤ - المطلب الأول : المصلحة وابتناء الأحكام على مصالح البشر، أنواع المصلحة، ٢٥٥ - ما يشترطه الفقهاء للأخذ بالمصلحة، ٢٥٦ - تعليل الأحكام ومقاصد الشريعة، ٢٥٧ - ملك الشرع يدفع إلى اعتبار المصلحة، ٢٥٨ - الآراء

فى اعتبار المصلحة، ٢٦٠ - موقف الطوفى منها، ٢٦١ - ما نتجه إليه ودليل اختيارنا، ٢٦٢ - ما نراه فى موقف أبى حنيفة والشافعى من المصلحة. ٢٦٣ - ما ينتجه النظر فى مختلف الأقوال الفقهية.

٢٦٤ - المطلب الثانى : تغير الأحكام تبعاً لتغير المصلحة، ما يقبل التبدل من الأحكام، ٢٦٥ - الشارع رسم خطة التغير والتبدل بالنسخ والتدرج، ٢٦٦ - تبديل الصحابة لبعض الأحكام مراعاة لتغير المصلحة، ٢٦٧ - اختلاف اللائحة والمجتهدين كان أساسه أحياناً مراعاة جانب المصلحة، ٢٦٨ - الأحكام المبنية على العرف تتغير تبعاً لتغيره مراعاة للمصلحة. ٢٦٩ - تغير الزمان يقتضى لتغير الأحكام قد ينشأ عن ضعف الوارع الدينى أو حدوث أوضاع تنظيمية، ٢٧٠ - الأحكام التى تتبدل بتغير الزمان، ٢٧٠ - ما نراه من عدم جوار تبديل الأحكام الثابتة بالنص، ٢٧١ - رفع الشبهة التى قد تتصور فى تغير بعض الصحابة لبعض الأحكام التى أيدتها النصوص، ٢٧٣ - الأحكام مهما تبدلت فإن المبدأ الشرعى فيها واحد.

المبحث السادس، طائفة من القواعد الفقهية.

٢٧٤ - القواعد الأساسية : الأمور بمقاصدها، ٢٧٥ - لا ثواب إلا بالنية، الضرر يزال، ٢٧٧ - العادة محكمة، ٢٧٨ - اليقين لا يزول بالشك، ٢٧٩ - المشقة تجلب التيسير، ٢٨١ - بعض القواعد الأخرى : الغرم بالغنم، لا يجتمع أجر وضمان. التصرف على الرعية منوط بالمصلحة، لا مساغ للاجتهاد فى مورد النص. ٢٨٢ - الاجتهاد لا ينقض بمثله، ما ثبت على خلاف القياس لا يقاس عليه، من سعى فى نقض ما تم من جهته، الخراج بالضمان، جناية العجماء، ٢٨٣ - حق العبد مقدم، مسلك القرافى فى عرض القواعد، مما عرضه القرافى من قواعد : الأخص مقدم على الأعم، إذن الشارع لا يسقط الضمان، ٢٨٤ - أسباب الكسب الفعلية تصح من عديم الأهلية وناقصها، التأخير بين المتباينات يقتضى التسوية، لا يجزئ عن الواجب خلافه، التداخل فى الأسباب خلاف الأصل ٢٨٥ - ما يورده بعض الأصوليين فى كتبهم من قواعد : ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، مقدمة الواجب.

القسم الثالث : الاجتهاد والقضاء فى الإسلام

الباب الأول : فى الاجتهاد.

الفصل الأول : الاجتهاد وما يجوز فيه للمجتهد وشروطه.

المبحث الأول : الاجتهاد وما يكون فيه.

٢٨٩ - التعريف بالاجتهاد، ٢٩٠ - أنواع الاجتهاد، بالهامش، تقسيم الشاطبي للاجتهاد، ٢٩٢ - الفرق بين الاجتهاد والقياس، وما يجوز فيه الاجتهاد، ٢٩٣ - ما لا يجوز الاجتهاد فيه. ٢٩٤ - الأحكام التى يسوغ الاجتهاد فيها، الاجتهاد لا يكون على نحو واحد، ٢٩٥ - اجتهاد القضاء فى فهم المواد وتطبيقها، حكم الاجتهاد التكليفى، ٢٩٦ - أدلة وجوب الاجتهاد، إمكان الاجتهاد فى كل عصر.

المبحث الثانى : المجتهد وشروطه.

٢٩٨ - المجتهد وأنواع المجتهدين، ما يشترط فى المجتهد المطلق، ٣٠١ - ما يشترط فى المجتهد فى بعض الأحكام، ٢٠٣ - طبقات المجتهدين.

الفصل الثانى : مدى حجية الحكم الاجتهادى.

المبحث الأول : من يلتزم بالحكم الاجتهادى، أثر رجوع المجتهد عن رأيه.

٣٠٣ - الحكم الاجتهادى يلتزم به المجتهد ومن استفتاه، ٣٠٤ - الحكم الاجتهادى غير مقطوع بأنه حكم الشرع، رجوع المجتهد عن رأيه وأثره بالنسبة له، ٣٠٥ - بالنسبة لمن استفتاه، وإذا كان المجتهد حاكماً. ٣٠٦ - ما عليه الحاكم الآن من عدم الالتزام باجتهاد سابق، مشابهة نقض الأحكام حالياً لنقص الفقه للحكم إذا خالف دليلاً قاطعاً أو قياساً جليلاً، ٢٠٧ - هل يتصور أن يكون للمجتهد رأيان فى المسألة.



المبحث الثاني، هل المجتهد يصيب ويخطئ وهل المخطئ آثم (٣٠٨ - ٣١٢).

٣٠٨ - هل لله في كل مسألة حكم معين، ٣٠٩ - مذهب المعتزلة، مذهب أهل السنة، ٣١١ - ما نراه، هل المخطئ آثم.

الفصل الثالث، التقليد والتلفيق (٣١٣ - ٣٢٧).

المبحث الأول، التقليد وحكمه وهل يلتزم المقلد رأى من قلده ومذهبه (٣١٣ - ٣٢٠).

٣١٣ - معنى التقليد، الفرق بينه وبين الاتباع، ٣١٤ - حكم التقليد، ٣١٥ - التقليد في مسائل الأصول، ٣١٧ - هل يأخذ المقلد برأى المجتهد، ٣١٨ - هل يتقيد المقلد برأى من قلده، ٣١٩ - هل يجب أن يتقيد المقلد بمذهب معين.

المبحث الثاني، تلفيق الاحكام وتبعية الرخص (٣٢١ - ٣٢٧).

٣٢١ - رأى الفقهاء في التلفيق وتبعية الرخص، ٣٢٢ - المانعون، ٣٢٣ - المجيزون بشرط، ٣٢٤ - المجيزون دون قيد، ٣٢٥ - ما نراه في الموضوع.

الباب الثاني : القضاء في الإسلام وما يجب أن يحكم به القاضي (٣٢٨ - ٣٢٨).

(٤١٦)

الفصل الأول: القضاء في الإسلام (٣٢٨ - ٣٩٤).

المبحث الأول، القضاء في الإسلام من الناحية التاريخية (٣٢٨ - ٣٤٣).

٣٢٨ - نبذة عن القضاء قبل الإسلام، ٣٢٠ - أخص ما تعنى به الأمم قديماً في القضاء، إحاطة القاضي، وكفايته، ٢٣١ - القضاء في عهد الرسول، ٣٣٢ - قضاء الرسول كان اجتهاداً لا وحيًا، ٣٣٣ - اجتماع السلطات في يد الرسول، ٣٣٤ - تعيين الرسول بعض أصحابه للقضاء وتعيين أجور لهم، ٣٣٥ - القول بأن القضاء في عصر النبي لا يخلو من غموض، والرد عليه، القضاء في عهد الخلفاء، ٣٣٦ - فصل عمر القضاء عن الولاية، تخصيص القضاء بالمكان

والزمان والأفضية، عثمان أول من اتخذ للقضاء داراً، تعهد الخلفاء للقضاة، ٣٣٧ - كتاب عمر لقاضيه أبي موسى الأشعري، ٣٣٨ - طريقتهم في القضاء والفتيا، ٣٣٩ - القضاء في عهد الأمويين والعباسيين، ٣٤٠ - عمل أبي يوسف على قصر القضاء على الاحناف، إنشاء ولاية خاصة يرأسها قاضى القضاة، ٣٤١ - مجلس القاضى في العصر العباسى، ٣٤١ - سيادة القضاء الإسلامى، توسع الدولة العثمانية فى التسامح الدينى وأثره، ٣٤٢ - تعدد جهات القضاء فى مصر حتى توحد جميعه بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

المبحث الثالث، أركان القضاء وطرق الإثبات وما يجب فى القاضى مع

المقارنة.

٣٤٤ - أركان القضاء، بالهامش الأصل فى تشريع القضاء، ٣٤٧ - طرق الإثبات الموصلة للحكم، ٣٤٩ - الإقرار، ٣٥١ - البينة، اليمين والنكول، ٢٥٣ - القسم، علم القاضى، القرينة القاطعة، ٣٥٤ - ما يشترط فى القاضى، قضاء المرأة، ٣٥٥ - قضاء غير المسلم، ٣٥٧ - قضاء الفاسق.

المبحث الثالث، التنظيم القضائى فى الإسلام.

٣٦٠ - طريق تعيين القاضى وعزله، ٣٦١ - تقليد القضاء من السلطان الجائر، لا يصلح تولية القضاء من قبل الأفراد، سلطة الوالى فى عزل القاضى، ٣٦١ - متى يعتبر القاضى معزولاً، هل للقاضى أن يبدى رأيه فيما يصح أن ينظر أمامه، ٣٦٢ - قاضى القضاة واختصاصه، ٣٦٤ - فكرة المحكمة، الاختصاص المكانى. ٣٦٥ - الاختصاص النوعى، ٣٦٦ - عدم سماع دعاوى معينة، تخصيص القاضى بسماع دعوى معينة يصير معزولاً بالفصل فيها، ٣٦٧ - اشتراك أكثر من قاض فى نظر الدعاوى، ٣٦٨ - الطعن فى الأحكام ودرجات التقاضى، ٣٧١ - مجلس القضاء، ٣٧٣ - مسئولية القاضى.

المبحث الرابع، ما يجب أن يحكم به القاضي.

٣٧٤ - المراد بحكم القاضي، ما يجب أن يستمد القاضي منه أحكامه،
 ٣٧٥ - ما يحكم به القاضي المجتهد، ٣٧٧ - ما يحكم به القاضي المتبع، ٣٧٨ -
 قضاء المقلد بغير مذهبه، ٣٨٠ - تقليد القاضي على أن يحكم بمذهب أو رأى
 معين، ٣٨٢ - ما نراه من ضرورة وضع مواد واضحة من الفقه الإسلامى يحتكم
 إليها الناس، ٣٨٣ - بم يحكم القاضي طبقاً للقانون الوضعى، ٣٨٥ - حكم
 القاضي لا يحل حراماً، ٣٨٦ - أحكام القضاء بالنسبة للذميين، ٣٨٧ - القانون
 الواجب التطبيق ٣٨٩ - نقض الأحكام، ٣٩١ - ما نصوا على نقض الحكم فيه
 من مسائل، ٣٩٤ - هل يجوز للقاضي الرجوع فى حكمه.

الفصل الثانى: السلطات التى لها شبه بالقضاء.

المبحث الأول، التحكيم والإفتاء.

٣٩٧ - المطلب الأول: التحكيم، ٣٩٨ - معرفة نظام التحكيم قبل
 الإسلام، ما يشترطه الفقهاء فى الحكم، ٣٩٩ - ما يكون فيه التحكيم، رجوع
 أحد المحكمين، قضاء الحكم بالنكول، ٤٠٠ - هل يجب تنفيذ حكم الحكم،
 ٤٠١ - المطلب الثانى: الإفتاء، التعريف بالفتيا، الاجتهاد والإفتاء، أول مفتى فى
 الإسلام، ٤٠٣ - فتاوى الصحابة، ما يشترط فى المفتى، ٤٠٤ - مراعاة مصالح
 الناس فى الفتوى، ٤٠٤ - إذا وجد فى البلدة أكثر من مفتى، التزام المستفتى
 بالفتوى، تتبع ولى الأمر فتاوى المفتين، ٤٠٥ - تخصيص وظيفة للإفتاء، القضاء
 يسترشد بالفتوى ولا يلتزم بها، بالهامش قسم الرأى بمجلس الدولة.

المبحث الثانى، ولايتا المظالم والحسبة.

٤٠٧ - المطلب الأول: ولاية المظالم، ما يختص بنظره والى المظالم،
 ٤٠٨ - شبه ولاية المظالم بالقضاء الإدارى بمجلس الدولة والنيابة الإدارية
 والمجالس التأديبية، ٤١٠ - وجود ولاية المظالم قبل الإسلام، مباشرة الرسول
 والخلفاء من بعده لها. ٤١٠ - أول من أفرد للمظالم يوماً من الحكام، الإنابة فى
 ولاية المظالم، ٤١١ - مجلس والى المظالم.

٤١١ - المطلب الثاني : ولاية الحسبة، الاصل في هذه الولاية، ٤١٢ - أول من وضع نظاماً للحسبة، وجوب الحسبة على كل مسلم لأنها من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، يشترط لوجوبها على الفرد أن تكون دعوته مثمرة وأن يكون آمناً على نفسه، ٤١٣ - من الحسبة دعوة الأمم إلى الإسلام وهداية الضال، ما يشترط في القائم بالدعوة بالمعروف، ٤١٤ - القول بأنها لا تجب إلا بتكليف من ولي الأمر منعاً للفوضى، ما نراه في هذا، الفرق بين المحتسب المتطوع ووالي الحسبة، ٤١٥ - لا يتوقف علم المحتسب على دعوى وطلب. ٤١٦ - ناحية الشبه بين وظيفة الحسبة والنيابة العامة.

القسم الرابع : بعض النظريات العامة

نظرية الحق

الفصل الأول : منشأ الحق وأقسامه.

٤٢٣ - التعريف بالحق، ٤٢٥ - منشأ الحق، ٤٢٥ - الحق في الفقه الإسلامي وليد الشرائع، عدول الاتجاه القانوني حديثاً عن المذهب الفردي إلى أن القانون هو الذي ينشئ الحقوق، بالهامش مناقشة قانونية حول أن القانون هو المؤسس على الحق أم الحق هو المؤسس على القانون، ٤٢٧ - إطلاقات كلمة حق، ٤٢٨ - أقسام الحق، حق الله، ٤٢٩ - حق العبد، تفرقة الفقهاء بين الحق وبين مجرد حق الوصول إليه، ٤٣٠ - وجود منزلة وسط بين الحق والرخصة، عدم معرفة القانون للمنزلة الوسط إلا حديثاً. ٤٣١ - عدم اتجاه الفقهاء قديماً إلى الكتابة عن نظرية الحق كما اتجه رجال القانون، ٤٣٣ - الحقوق المالية وغير المالية، ٤٣٤ - الحقوق التي تتول إلى مال يعتاض عنها بالمال، ٤٣٦ - الحقوق التي تقبل الاسقاط والتي لا تقبله، ٤٣٧ - الحقوق التي تورث والتي لا تورث، ٤٣٩ - عناصر الحق، العنصر الشخصي، المحل الذي يرد عليه الحق، ٤٤٠ - مصادر الحق، حماية المجتمع للحق.



الفصل الثانى: من يثبت له الحق.

٤٤٢ - الحق وثبوته للشخصية الاعتبارية، ارتباط الحقوق بأهلية الوجوب والشخصية القانونية، ٤٤٢ - من الحقوق ما يكفى لإثباتها توافر أهلية الوجوب ومنها ما تحتاج إلى أهلية أداء.

المبحث الأول، أهلية الوجوب.

٤٤٥ - التعريف بها، ٤٤٦ - عناصر أهلية الوجوب، الذمة وارتباطها بأهلية الوجوب، ٤٤٧ - الشخص الاعتبارى وحقيقة نظرية الفقه الإسلامى إليه. ٤٤٩ - أقسام أهلية الوجوب ناقصة بالنسبة للجنين، ٤٥١ - كاملة للشخص عند ولادته حياً، ٤٤٦ - أهلية الوجوب الكاملة لا تجعل الانسان صالحاً للتعامل، إذا وجد الشخص الطبيعى ثم فقد اعتبر حياً بالنسبة لما يضره وميتاً بالنسبة لما ينفعه ويضر غيره، نبذة عن إرث المفقود.

المبحث الثانى، أهلية الأداء.

٤٥٣ - التعريف بها، التمييز، أهلية الأداء الناقصة، ٤٥٥ - العقوبة بالنسبة للصبي المميز، ٤٥٦ - تصرف الصبي المميز وإذن وليه، ٤٥٧ - أهلية الأداء الكاملة، ٤٥٨ - سن الرشد.

المبحث الثالث، عوارض الأهلية.

٤٦٠ - ما يعرض للإنسان ويؤثر على أهليته، وما لا يؤثر على الأهلية مع الحد من التصرفات، العوارض السماوية والمكتسبة، أهلية المرأة، ٤٦١ - الجنون. ٤٦١ - العته، ٤٦٣ - تسوية المشرع المصرى بين المجنون والمعتوه فى الحكم، الحجر على المجنون والمعتوه بمقتضى المشرع من غير توقف على الحكم، السفه، والغفلة، آراء الفقهاء فى الحجر عليهما، ٤٦٤ - إذا بلغ الصبي سفيهاً، إذا بلغ رشيداً ثم عرض له السفه والغفلة، سبب الحجر عليهما هل هو عقوبة لهما أم محافظة على ماله، ٤٦٥ - بدء بطلان تصرفات السفه، ٤٦٦ - المدين بدين

مستغرق، الحجر عليه وآراء الفقهاء فى ذلك، ٤٦٦ - تصرفات المدين فى أمواله المحجور عليه فيها موقوفة على إجازة الغرماء، أمواله التى اكتسبها بعد الحجر، مرض الموت، ٤٦٩ - تصرفات المريض فى أمواله وتعلق حق الغير بها.

المبحث الرابع، الولاية.

٤٧٢ - التعريف بالولاية، أقسام الولاية، ٤٧٣ - أقسام الولاية على الغير: الولاية على النفس، ٤٧٤ - الولاية على المال، ٤٧٥ - سبب الولاية على الصغير، شروط الولاية على الصغير ومن فى حكمه، ٤٧٧ - مراتب الأولياء على الصغير، الولاية على المجنون والسفيه ومن فى حكمهما، ٤٧٧ - عقود الأولياء، والأوصياء، ومدى حريتهم.

الفصل الثالث: حق الملكية.

٤٨١ - الملكية والملك، ما يقبل الملك، ٤٨٢ - المال، ٤٨٥ - أقسام المال: من ناحية الضمان؛ متقوم، ٤٨٥ - غير متقوم، ٤٨٦ - أقسامه من ناحية الاستقرار: عقار، ٤٨٧ - منقول، ٤٨٦ - أقسامه من ناحية تماثل الأجزاء: مثلى، قيمي، ٤٩٠ - قابلية الأعيان ومنافعها للتملك، ٤٩١ - أنواع الملكية: متميز وغير متميز، ٤٩٢ - أسباب الملك الفعلية، بالهامش الكلام عن الاستيلاء والحيازة، ٤٩٥ - أسباب الملك القولية، أسباب الملك التام فى نظرة القانون، ٤٩٧ - وضع اليد المدة الطويلة بين الفقه والقانون، الملك الناقص وسببه وأنواعه، ٥٠٠ - حق الانتفاع الشخصى، أسباب حق الانتفاع الشخصى، ٥٠١ - الفرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع، ٥٠٣ - الرقبة فى يد المتفع، ٥٠٤ - الحكم لو مات مالك المنفعة أو مالك الرقبة، ٥٠٥ - خواص ملك المنفعة الشخصية، حتى وقف الأموال، بالهامش، حق التبع، ٥٠٦ - حق الحكر، ٥٠٧ - حق الانتفاع العينى أو حق الارتفاق، ٥٠٨ - ثبوته فى الأملاك الخاصة والمشاركة، أسباب حق الانتفاع العينى، ٥٠٩ - ما أضافه الملكية ومن معهم من أسباب، ٥١٠ - أنواع حقوق الارتفاق وهلى يصح أنشاء غيرها. ٥١١ - خواص حق الارتفاق، ٥١٢ - حق الرهن، ٥١٣ - حق حبس العين لاستيفاء المستحق عليها، ٥١٤ - متعلقات الحقوق فى الفقه الإسلامى.



نظرية العقد

الفصل الأول: التعريف بالعقد وشروط تكوينه.

٥١٥ - تمهيد تاريخي، ٥١٦ - تعريف العقد، ٥١٨ - الفرق بين العقد وكل من التصرف والالتزام، ٥٢٠ - ما يتوقف عليه وجود العقد، ٥٢١ - الغاية من التعاقد والباعث الشخصى فى نفس المتعاقد، الوفاء بالعقد وعدمه.

الفصل الثانى: تكوين العقد وإرادة المتعاقد.

المبحث الأول: أركان العقد وشروطه.

٥٢٣ - ركن العقد، الإيجاب والقبول، ٥٢٤ - الشرط وما يشترط فى العقد، أقسام الشرط باعتبار مصدره، ما يتحقق به العقد، ٥٢٥ - توافق الإيجاب والقبول فى جميع جزئياته، اشتمال القبول على الإيجاب وريادة، ٥٢٦ - لو باعه بضمن مؤجل فقبل بضمن حال، إذا لم يشتمل القبول على الإيجاب، ٥٢٧ - قبول المحل للتعاقد شرعاً، ٥٢٨ - كون محل العقد غير معتبر شرعاً؛ وبالهامش التعاقد على بيع لبن الأدمية، وبيع الدم، ٥٣٠ - اتصال الإيجاب بالقبول، وما يتحقق به هذا الاتصال: أن يفهم كل منهما عبارة الآخر، وأن يقصد أثرهما. ٥٣٠ - أن يصدر القبول فى مجلس العلم بالإيجاب، اعتبار الإيجاب قائماً. ٥٣١ - الشافعية يشترطون الفورية، ويشبتون خيار المجلس، ٥٣٢ - موقف الأحناف من ذلك، ٥٣٣ - ما ينتهى به مجلس العقد، الأحناف يشبتون خيار القبول والحنابلة يشبتون خيار القبول والمجلس ويقولون أن الخيار لا يبطل إلا بالتفرق، مالك لا يشترط الفورية ويلزم المتعاقد بعبارة، ٥٣٥ - رجوع الموجب قبل القبول، ٥٣٦ - خروج الموجب عن أهليته قبل القبول، ٥٣٧ - العقود التى لا يشترط فيها اتحاد المجلس، التعاقد بالتليفون أو الرسائل، ٥٣٨ - هل مجلس العقد هو مجلس العلم بالرسالة أم مجلس علم صاحب الإيجاب بالقبول.

المبحث الثاني، صيغة العقد وموافقتها للإرادة وأثره.

- ٥٤١ - العبارة والإرادة، مجرد العزم، ٥٤٢ - مطابقة العبارة للإرادة،
 ٥٤٣ - صيغة العقد، الألفاظ والتعاقد، ٥٤٥ - التعاقد بالكتابة، ٥٤٦ - التعاقد
 بالإشارة، ٥٤٨ - التعاقد بالأفعال، ما يشترط لصحة التعاقد بالتعاطي. ٥٤٩ -
 موقف الفقهاء من عقود المعاطة، ٥٥٠ - إظهار الإرادة بالعبارة وتأكيدا بالكتابة،
 ٥٥١ - العقود الرضائية والشكلية والعينية.

المبحث الثالث، عدم مطابقة العبارة للإرادة وأثره.

- ٥٥٢ - اختلاف العبارة عن الإرادة، إذا اقترن بالعبارة ما يدل على عدم
 قصد إنشاء التزام بها: لا يقصد العبارة مطلقاً، ٥٥٣ - السكران، ٥٥٥ - المخطئ
 والناسي، ٥٥٧ - من يقصد العبارة لا باعتبارها منشئة للعقد، ٥٥٨ - التظاهر
 بإنشاء العقد دون الرغبة في حقيقته، أولاً: الهازل والمتظاهر، ٥٥٩ - آراء الفقهاء
 في ذلك، ٥٦٠ - التفرقة بين العقود بالنسبة للهزل، تفرقة الشافعية بين الهازل
 والمخطئ، ٥٦١ - مما يتفرع على التظاهر بإنشاء العقود، بيع الثلجئة، ٥٦٢ -
 إعلان زيادة حقيقة المهر للتفاخر، إظهار ثمن المتفق عليه ثانياً: عقد المكره، ٥٦٤
 - التعاقد بالألفاظ لم توضع له، قصد الوصول إلى محظور لا يمكن الوصول إليه
 إلا بهذا العقد، ٥٦٥ - زواج المحلل، ٥٦٥ - بيع العينة، ٥٦٦ - الإجارة على
 عصير العنب لاتخاذ خمر، موقف الفقهاء من العبارة والإرادة عند التعارض،
 ٥٦٧ - جدول يبين حالات الإرادة مع العبارة في العقود والالتزامات. ٥٦٩ -
 القانون بين الإرادتين الظاهرة والباطنة.

المبحث الرابع، إرادة التعبير وإرادة الأثر.

- ٥٧٠ - الأحناف والتفرقة بين الاختيار والرضا، ٥٧٠ - الشافعية وتعاليمهم
 في مبدأ جعلية الآثار وعدم تفريقهم بين الرضا والاختيار، عدم وجود درجة
 عندهم بين الصحة والبطلان في العقود، توجيههم عبارة الهازل غير الصحيحة
 بعكس عبارة المخطئ، ٥٧١ - الفقه الحنبلي يتجه ناحية مبدأ سلطان الإرادة ولا



يفرقون بين الرضا والاختيار، ٥٧٣ - الفقه المالكي واتجاهه نحو سلطان الإرادة أيضا. عدم اتجاه الأحناف إلى مبدأ الجعلية ولا مبدأ سلطان الإرادة وتفرقتهم تبعاً لذلك بين الرضا والاختيار، ٥٧٤ - ما يترتب على هذه التفرقة، ٥٧٥ - الفقه الإسلامي بين نظرية الإرادة الظاهرة والباطنة، ٥٧٦ - الشكلية في العقود وموقف الفقه الإسلامي.

المبحث الخامس: الإرادة المنفردة وتكوين العقد.

٥٧٧ - الالتزام من جانب واحد يتم بالإرادة المنفردة، ٥٧٨ - الجعالة، ٥٧٩ - ما يشترط لصحة الجعالة، هل يلزم الجعل بالعقد أم بالشروع في العمل، ٥٨٠ - هل لابد أن توجه الجعالة لشخص معين، ٥٨١ - العقد والإرادة المنفردة. ٥٨٢ - موقف زفر، الشافعي، باقي الأحناف، ٥٨٤ - العقد بالإرادة الواحدة والعائد طرف فيه ٥٨٥ - موقف القانون من الالتزام بالإرادة المنفردة، التفرقة في القانون بين العقد الملزم لجانب واحد والتصرف الملزم من جانب واحد.

الفصل الثالث: محل العقد.

٥٨٦ - محل العقد وشروطه، ٥٧٨ - اشتراط وجود المحل وقت التعاقد، ٥٨٩ - بيع الثمر على الشجر والخضار في الأرض، اشتراط تعيين المحل بما يرفع الجهالة المفضية للغرر، ٥٩١ - اشتراط قبول المحل حكم العقد الذي رتبته الشارع ٥٩٣ - حكم التعاقد على لبن المرضع ونقل الدم، ٥٩٣ - اشتراط القدرة على تسليم محل العقد. ٥٩٤ - عدم صحة التعاقد على المباح، بالهامش: التعاقد على ضربة القانص والغائص.

الفصل الرابع: أقسام العقد.

المبحث الأول: أقسام العقد من ناحية سبب العقد وأثره.

٥٩٦ - غاية العاقد وقصده من العقد، ترتب الحكم بالحل والحرمة والصحة والفساد على ذلك، ٥٩٧ - سبب العقد، عدم بحث نظرية السبب في الفقه

الإسلامي اكتفاء ببحث القيود والشروط الواجب توافرها لصحة العقد ومحلّه، تقسيم العقود إلى مجموعات تتحد في الغاية، ٥٩٨ - عقود المعاوضات، ٥٩٩ - عقود التبرعات، عقود التمليكات، ٦٠٠ - عقود الإسقاطات، عقود الإطلاقات، عقود التقييدات، عقود الشركات، عقود الضمانات، ٦٠١ - عقود الاستحفاظ، العقود المسماة وغير المسماة.

المبحث الثاني، أقسام العقد من ناحية وصفه.

٦٠٣ - وصف العقد بأنه صحيح وغير صحيح، ٦٠٤ - الصحيح النافذ، ٦٠٥ - الصحيح الموقوف، ٦٠٦ - العقد غير الصحيح، العقد الباطل عند الأحناف وحكمه، ٦٠٦ - العقد الفاسد، ٦٠٨ - منشأ الخلاف بين الأحناف وغيرهم هو نهى الشارع، غير الأحناف يرونه مبطلا للعقد أيّا كان سبب النهي، ٦٠٩ - الأحناف يجعلون النهي لسبب في أصل العقد مبطل له، وإذا كان بسبب وصف لحقه كان منعقداً فاسداً، بالهامش حكم العقد بعد الأذان لصلاة الجمعة.

المبحث الثالث، أقسام العقد من ناحية اتصاله بالزمن.

٦١١ - أقسامه باعتبار أن الزمن جزء منه، ٦١٢ - أقسامه من ناحية زمن اتصال الحكم بالصيغة، ٦١٤ - العقد المنجز، العقد المضاف، ٦١٥ - العقود والإضافة، الإضافة والأجل، ٦١٦ - العقد المعلق، ٦١٧ - التعليق على مستحيل، التعليق على ما حدث فعلاً، التعليق على محتمل الوقوع، ٦١٨ - التعليق على ما هو واجب الوقوع، العقود بالنسبة للتعليق، ما يصح تعليقه على أي شرط. ٦١٩ - ما لا يصح تعليقه على ما يناسبه، ٦٢٠ - ما لا يصح تعليقه مطلقاً وهي عقود التمليكات ونحوها، تعليل الأحناف لهذا المسلك، ٦٢١ - ما نراه في هذا، ٦٢٢ - معالجة القانون لهذا بعنوان الشرط، ٦٢٣ - الفرق بين المعلق والمضاف من ناحية الانعقاد والوجود كسبب وتخلّف الأثر، موقف الشافعية ومن معهم أنه لا فرق، الأحناف والمالكية يرون أن العقد منعقد مع الإضافة ويتخلّف الحكم، ومع التعليق لا ينعقد باعتباره سبباً إلا مع وجود المعلق عليه، ٦٢٤ - الأثر المترتب على ذلك.

الفصل الخامس: العقد وعيوب الإرادة.

المبحث الأول: من يباشر العقد.

٦٢٥ - الوكالة دليلها وحكمتها، ٦٢٦ - الأصل أنها عقد تبرعى فهو غير لازمة، عقد الوكالة لا يتوقف تمامه على حضور الوكيل اكتفاء بالقبول الضمنى أو الصريح عند العلم، ٦٢٧ - ما يشترط لصحة الوكالة، ٦٢٨ - التوكيل فى الخصومة. ٦٢٩ - أقسام الوكالة، ٦٣٠ - توكيل أكثر من واحد. ٦٣١ - الفرق بين الوكيل والسفير، ٦٣١ - حكم العقد وحقوقه، منهيات عقد الوكالة، ٦٣٣ - الفضولى، ٦٣٤ - حكم عقد الفضولى، ٦٣٥ - أثر الإجازة فى بدء نفاذ العقد، ٦٣٦ - شروط صحة الإجازة، ٦٣٧ - هل يملك الفضولى فسخ العقد قبل الإجازة، ٦٣٨ - حالات أحكام عقد الفضولى.

المبحث الثانى: عيوب الإرادة وأثرها فى العقد.

٦٣٩ - عيوب الإرادة وحق الفسخ، الغلط فى محل العقد، الغبن والتغريب وأثرهما فى العقد، حكم العقد مع كل منهما، ٦٤٤ - الإكراه، ٦٤٥ - الإكراه الملجئ وغير الملجئ، ٦٤٦ - حكم العقد مع الإكراه، ٦٤٦ - أثر التفرقة بين الملجئ وغيره تظهر فى الأفعال دون العقود.

الفصل السادس: الشروط المقترنة بالعقد.

المبحث الأول: سلطة العاقد فى إنشاء الشروط.

٦٤٨ - الشرط المقترن بالعقد، بالهامش: الاشتراط لمصلحة الغير، ٦٥٠ - الفرق بين التعليق على شرط والاقتران بالشرط، تقدم الشرط عن العقد أو تأخره عنه، ٦٥١ - شروط تثبت تلقائياً دون حاجة إلى نص، مدى حرية العاقد فى الاشتراط، ٦٥٢ - موقف الفقهاء من حرية العاقد فى الشروط، ٦٥٣ - موقف الظاهرية من الشروط، ٦٥٤ - موقف ابن تيمية من الشروط، ٦٥٥ - جمهور الفقهاء والشروط. ٦٥٦ - تقسيم الأحناف للشروط من حيث الالتزام بها وتأثيرها

فى العقود: الشرط الصحيح، ما جاء بمقتضى العقود، ما لاءم العقد، ٦٥٧ - ما ورد به نص رغم مخالفته لمقتضى العقد، ما جرى به العرف رغم المخالفة، ٦٥٨ - الشرط غير الصحيح كما يراه الأحناف قسمان: الشرط الفاسد، ٦٦٠ - الشرط الباطل.

المبحث الثاني، الخيارات التى تشترط فى العقود اللازمة.

٦٦١ - الخيارات وحكمتها، ٦٦٣ - خيار الشرط، تعريفه والعقود التى يشترط فيها، ٦٦٥ - لمن يثبت خيار الشرط، ٦٦٥ - مدته، ٦٦٦ - حكم العقد فى مدة الخيار، ٦٦٨ - طرق فسخ وإجاة من له الخيار، ٦٦٨ - مسقطات الخيار، خيار التعيين: موقف الفقهاء منه، ٦٧٠ - ما يشترط لصحة خيار التعيين، هل العقد لازم مع خيار التعيين، ٦٧١ - مبطلات خيار التعيين.

المبحث الثالث، الخيارات التى تراعى دون اشتراط.

٦٧٢ - خيار الرؤية، الرؤية التى ترفع الجهالة وتحقق الرضا، آراء الفقهاء، فى خيار الرؤية، ٦٧٣ - مناقشة الفقهاء فيما استدلووا به، ٦٧٤ - طريق ثبوته ودليله، لمن يثبت هذا الخيار وما يثبت فيه، ٦٧٥ - شروط ثبوت هذا الحق وما تتحقق به الرؤية، ٦٧٦ - أثره فى العقد، ٦٧٧ - مسقطات خيار الرؤية، ٦٧٨ - خيار العيب: سببه ودليله، ٦٧٩ - من يثبت له وما يثبت فيه، ٦٨٠ - هل يثبت فى عقد الزواج، ٦٨١ - العيوب التى فى الزوجة، ٦٨١ - العيوب التى فى الزوجة ورأى الأحناف، ٦٨١ - رأى ابن القيم، ٦٨٢ - ما يشترط لثبوت خيار العيب، ٦٨٣ - ثبوت خيار العيب من غير نص وحكمه، ٦٨٤ - أثره فى العقد، ٦٧٧ - ما يمنع الرد ويسقط به الخيار.

الفصل السابع: انتقال الحق وانقضاؤه.

٦٨٨ - تمهيد: مصادر الالتزام، وصف الالتزام بالتنجيز والإضافة والتعليق مما يسمى فى القانون بأوصاف الالتزام، ٦٨٩ - انتقال الالتزام وانقضاء الحق به، ما ينقضى به الحق.



المبحث الأول، انتقال الحق.

٦٩٠ - بالهامش انتقال الالتزام من ذمة المورث إلى ذمة الوارث فى الفقه الرومانى، ٦٩١ - انتقال الحق بالحوالة، ٦٩١ - ما لا بد منه لوجود عقد الحوالة ما تتم به صيغة الحوالة، ٦٩٢ - شروط صحة الحوالة، آراء الفقهاء فى اشتراط رضا المحال عليه فى مجلس العقد، الرأى فى اشتراط رضا المحيل، ٦٩٤ - اشتراط أن يكون المحيل مديناً للمحال، وأن يكون الدين معلوماً، ٦٩٤ - اشتراط العقل والبلوغ، اشتراط تماثل دين المحال عليه للمحيل بما أحال به، ما يترتب على ذلك من اعتبار مجرد قبول المحال عليه للحوالة إقراراً بدين المحيل، ٦٩٥ - موقف الأحناف من ذلك، ما يشترط إذا كان المحال عليه مفلساً، عدم صحة الحوالة على المفلس عند الظاهرية، ٦٩٦ - صورة الحوالة، ٦٩٧ - أنواع الحوالة: مطلقة ومقيدة، ٦٩٨ - حكم الحوالة، ما يراه الأحناف إذا كانت الحوالة مطلقة، ٦٩٩ - الحوالة عقد لازم، لا بد منه فى الإقامة من عقد الحوالة، الأحناف وجواز رجوع المحال عليه على المحيل فى الحوالة المطلقة إذا كانت بأمره، ٧٠٠ - القانون وانتقال الحق، ٧٠٠ - حوالة الدين، ٧٠٢ - حوالة الحق، ٧٠٢ - موقف الفقه الإسلامى من حوالة الحق، تردد الكتاب المحدثون فى النقل عن الأحناف فى هذا، ٧٠٥ - الربط بين حوالة الحق وما قيل فى بيع الدين والهبة ٧٠٦ - الرأى بأن الحوالة غير بيع الدين، ما نراه فى حوالة الحق.

المبحث الثانى، انقضاء الحق.

٧٠٧ - انقضاء الحق بالوفاء أو ما يعادله، الوفاء، ٧٠٨ - ما يتحقق به الوفاء. ٧٠٩ - الوفاء فى الحال من العقود يتحقق بالقبض فى المجلس، بالهامش عقد الصرف لا يكون الوفاء فيه إلا حالاً، ٧١٠ - حبس المدين حشاً له على الوفاء، ٧١١ - المشروع من الحبس، بالهامش دليل مشروعية الحبس، ٧١٢ - التنفيذ القضائى، ٧١٣ - موقف القانون المدنى المصرى من الوفاء، ٧١٤ - ترتب الوفاء فور ترتب الالتزام، امتناع الدائن عن قبول الوفاء بغير وجه حق، استبدال

الدين بشيء حال أو بدين آخر، ٧١٥ - انتصاف الدائن لنفسه، ٧١٦ - موقف الفقهاء من الظفر بجنس الحق، ٧١٧ - الحكم القضائي والديني، قد يكون انظفر بجنس الحكم بين الأفراد والدولة، ٧١٨ - اتحاد الذمة؛ المقاصة، ٧١٩ - محل المقاصة، أنواع المقاصة، ٧٢١ - المقاصة الجبرية، المقاصة الطلبية، ٧٢١ - المقاصة الاتفاقية، ٧٢٢ - حكم المقاصة، ٧٢٣ - انقضاء الحق دون وفاء؛ الإبراء، هل الإبراء يختص بما في الذمة أم يشمل الدعوى والكفالة. ٧٢٤ - تشكل الإبراء في صورة صلح وهبة، عدم صحة الإبراء إلا بعد وجود الدين ولو احتمالاً، الإبراء خاص وعام، ٧٢٥ - الجهالة في الدين لا تمنع صحة الإبراء، إبراء المريض مريض موت لمدينه، ٧٢٦ - الإسقاط، أنواعه، ٧٢٧ - قد يكون الإسقاط آتياً من طريق الصلح، الإسقاط لا يتجزأ إذا كان محله لا يقبله التجزئة، موقف القانون المدني من انقضاء الحق بالإبراء، ٧٢٨ - استحالة التنفيذ، ٧٢٩ - ما أضافه القانون لقضاء الالتزام، التقادم المكسب، موقف الفقه الإسلامى من التقادم، ٧٣٠ - الفرق بين موقف القانون والفقه الإسلامى من التقادم.

الجرائم والعقوبات فى الفقه الإسلامى

٧٣١ - تمهيد تاريخى: الجرائم وجدت منذ وجود الإنسان الأول، وجدت العقوبة جزاء لها، كانت العقوبات قديماً تعتبر حقاً شخصياً، وأساس العقاب حق الانتقام الفردى، ٧٣٢ - إسراف العرب فى الأخذ بالشار، شراء حق الانتقام، تحول الجرائم الخاصة إلى جرائم عامة يكون العقاب عليها من حق الجماعة لا الفرد.

الجريمة فى الفقه الإسلامى

٧٣٣ - تعريف الجريمة، ٧٣٤ - أركان الجريمة، الركن الشرعى لا جريمة إلا بنص، ٧٣٥ - عدم رجعية النص وما يستثنى من ذلك، مبدأ سريان أحكام الشريعة على كل ما يرتكب من جرائم فى دار الإسلام، أو فى دار الحرب من أشخاص يقيمون فى دار الإسلام، موقف الفقهاء من ذلك، ٧٣٦ - الركن الأدبى



تحمل المسؤولية الجنائية منوط بالتكليف، الركن المادى، إحداث عمل توجد معه التجربة فعلا كان أو تركا، ٧٣٧ - لا عقوبة على مجرد التفكير والعزم، عدول الجانى عن جريمته وأثره، الشريك المباشر، أقسام الجريمة: ما يوجب الحد وما يوجب التعزير، ٧٣٨ - جرائم العمد والخطأ، جرائم إيجابية ومنها التسبب وجرائم سلبية، ٧٣٩ - الامتناع عن مقاومة الجريمة، جرائم ضد الجماعة وجرائم ضد الأفراد، ٧٣٩ - جرائم اعتياد وجرائم بسيطة.

العقوبة

٧٣٩ - العقوبة وهل هى فى ذاتها مصلحة، وما المقصد منها، ٧٤٠ - العقوبة الأخروية والدنيوية، هل العقوبة الدنيوية ترفع الجزاء الأخروى، ٧٤١ - أقسام العقوبة الدنيوية، ٧٤٢ - العقوبات المحددة: القتل: قصاصا من الجانى نفسه، ٧٤٣ - حق العفو من ولى الدم وأثره فى حق المجتمع، القتل عقوبة على الإفساد فى الأرض، ٧٤٤ - عقوبة القطع، عقوبة الجلد، ٧٤٥ - جلد القاذف، ٧٤٦ - جلد الشارب، وجوب الاحتياط فى الحدود، العقوبات غير المحددة «التعزير»، ٧٤٧ - عقوبة التعزير منها الوعظ والتوبيخ والحبس، والقتل، التعزير يكون فى الجرائم التى لم يحدد الشارع لها عقوبة، ٧٤٨ - هل تجوز الزيادة فى التعزير عن الحد، من أنواع التعزير العقوبات المالية، التعزير عقوبة أصيلة لاستقرار النظام، الحكمة من عدم تحديد العقوبة فى عقوبات التفويض، ٧٤٩ - انقضاء العقوبة بمضى المدة، عدم تعبير الأثم بجريمته الأولى، ٧٥٠ - فتح باب التوبة أمام المجرم.

كتب وبحوث للمؤلف

- ١ - الأهرار والفتاة مطبوع سنة ١٩٣٦ .
- ٢ - جمال الدين الأفغانى باعث النهضة الفكرية للشرق مطبوع سنة ١٩٣٧ .
- ٣ - الثائر جمال الدين الأفغانى طبعة المجلس الأعلى للشئون الإسلامية سنة ١٩٦١ .
- ٤ - المال والالتزام فى الفقه الإسلامى مطبوع سنة ١٩٥٣ مطبعة الإسكندرية .
- ٥ - الفقه الإسلامى مطبوع سنة ١٩٥٥ مطبعة الفجالة الجديدة .
- ٦ - تاريخ التشريع الإسلامى ونظرتة إلى الأموال والعقود مطبوع سنة ١٩٥٦ مطبعة دار الهنا .
- ٧ - المقاصة فى الفقه الإسلامى (بحث مقارن) مطبوع سنة ١٩٥٦ مطبعة الفجالة الجديدة .
- ٨ - الوقف من الناحية الفقهية والتطبيقية مطبوع سنة ١٩٥٦ مطبعة الفجالة الجديدة .
- ٩ - نظرة الفقه الإسلامى للمعاملات المالية والأساس الذى تبنى عليه مطبوع سنة ١٩٥٧ مطبعة الفجالة الجديدة .
- ١٠ - الفقه الإسلامى فى الزواج والفرقة وآثارهما مطبوع سنة ١٩٥٧ مطبعة مصر بالخرطوم .
- ١١ - المدارس الفقهية فى التشريع الإسلامى طبع مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٥٧ .
- ١٢ - الوصايا فى الفقه الإسلامى (الميراث وصية الله . وصية الإنسان) مطبوع سنة ١٩٥٨ مطبعة الفجالة الجديدة .



١٣ - مباحث الحكم عند الأصوليين مطبوع سنة ١٩٥٩ مطبعة لجنة البيان العربي.

١٤ - المدخل للفقهاء الإسلاميين مطبوع ١٩٦٠ المطبعة العالمية.

١٥ - نظرية الإباحة عند الأصوليين والفقهاء (بحث مقارنة) مطبوع سنة ١٩٦٣ المطبعة العالمية.

١٦ - التعريف بالفقهاء الإسلاميين مترجم مطبوع بمعرفة المجلس الأعلى للفنون والآداب.

هذا عدا جملة أحكام قضائية ذات مبادئ منشورة بمجلة المحاماة الشرعية سنة ٥٢ ، ١٩٥٣ ، ومقالات في موضوعات علمية في مجلة الإسلام ، ومجلة الأزهر ، ومجلة القانون والاقتصاد.

(١) التشريع الإسلامي ومصادره.

(٢) تاريخ الفقه الإسلامي.

(أ) التعريف بالفقه الإسلامي وبيان نزعه وأصوله.

(ب) الأدوار التي مر بها الفقه الإسلامي.

(ج) تكوين المدارس الفقهية وتاريخها.

(د) مراحل تكوين الفقه ومصادره الأولى.

(٣) أصول الفقه الإسلامي ومصادره.

(أ) التعريف بالأصول والمصادر.

(ب) المصادر الثمانية الوحي بها.

(ج) مصادر تقليدية من غير طريق الوحي.

(د) المصادر العقلية.

(٤) المقتضيات في الإسلام.

(أ) الاختيار وما يجوز فيه المجتهد وشروطه.

(ب) مدى حجية الحكم الاجتهادي.

(ج) النفي والطعن.

(د) القضاء في الإسلام.

(هـ) المسائل التي لها أثر في القضاء.

(٥) بعض الملاحظات العامة

(أ) نظرية الحق

(ب) نظرية المبدأ

(٦) البراءة والقول في الإسلام

(أ) البراءة في الفقه الإسلامي

(ب) البراءة في الفقه الإسلامي